



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO BRAZ BARBOSA COELHO

MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES:
PROSPECTIVE OVERRULING

Florianópolis

2016

Rodrigo Braz Barbosa Coelho

**MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES:
*PROSPECTIVE OVERRULING***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Doutor Pedro Miranda de Oliveira.

Florianópolis
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes: *prospective overruling***”, elaborado pelo acadêmico **Rodrigo Braz Barbosa Coelho**, defendido em **28.06.2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10,0** (**DEZ**), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina através da Resolução 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de junho de 2016.

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Presidente da Banca (Professor Orientador)

Prof. Dr. Camilo Zufelato

Membro da Banca (Videoconferência)

Morgana Henicka Galio

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

À Ilha de Florianópolis e sua Universidade Federal de Santa Catarina, que se tornaram meu lar e meu alicerce acadêmico e profissional.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP), que reforçou em minha formação o valor das origens e de minhas raízes. E pelo princípio de especialização que me proporcionou, agradeço profundamente no nome dos Professores Ana Carla Bliacheriene, Alexandre Naoki Nishioka, Camilo Zufelato e Gustavo Saad Diniz.

Aos meus familiares, formadores e amigos, que tanto acrescentaram à minha pessoa nesses anos de graduação:

Eduardo Barbosa Coelho e Lúcia de Fátima Braz Coelho, que me deram tudo de mais importante que tenho e que levarei para o resto da vida. São meus ícones acadêmicos e profissionais; os melhores médicos e os melhores pais.

Todo o pessoal do Juizado Especial, que instruiu meus primeiros passos no Direito e na esfera profissional, ao que agradeço de coração nas pessoas da Vera Lúcia Lorenzet Rech e da Marília Lila, tão chefes quanto mães.

A equipe do gabinete do Desembargador Civinski, pela imensa carga de conhecimento e responsabilidade repassada que jamais será esquecida, como tampouco serão os nomes do Des. Carlos Alberto Civinski, do Rodrigo Mosimann e da Larissa Grabner – a melhor assessora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Os meus novos mentores e colegas de profissão, Cristiano Orlandi, Alexandre Evangelista e Daniel Andreazza, que tão bem me receberam no universo empresarial nesta última – ou nova primeira – etapa de formação profissional.

Por fim, em Londres conheci duas coisas que conquistaram a minha pessoa e me acompanharam de perto até a presente data: o tema deste trabalho; e os melhores amigos que poderia ter durante minha graduação, os *Tescos* – Bárbara, Bruna, João, Júlia, Marina, Rafael, Talles e Willian –, que estiveram sempre presentes para comemorar os bons momentos e dar o apoio necessário nos maus tempos.

RESUMO

Com o novo Código de Processo Civil aporta no ordenamento jurídico brasileiro seu sistema de precedentes judiciais. Um de seus mecanismos, o *prospective overruling*, promete impactos relevantes na jurisdição e se insere como nova técnica na categoria da modulação de efeitos de decisões. A pesquisa analisa, em estudo comparado com o *common law*, seu lugar na jurisdição contemporânea, origens, elementos e modalidades de aplicação, problematizando-as e delineando os limites do dispositivo no Direito brasileiro, na busca de compreender sua relevância na atividade jurisdicional. Conclui-se que se trata de uma técnica de criação judicial do direito não retroativa, de cunho excepcional, simples e prática para dar efetividade aos princípios norteadores do sistema de precedentes judiciais, obtendo na mesma principiologia sua autonomia em relação às demais modulações de efeitos de decisões no Direito brasileiro em termos de escopo, critérios e hipóteses de aplicação.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Precedentes Judiciais; Modulação de efeitos temporais.

ABSTRACT

Brazil's new Code of Civil Procedure brings to Brazilian legal system the doctrine of judicial precedent. One of its techniques, prospective overruling, promises significant impacts on jurisdiction and inserts itself as a new technique in the category of modulation effects of judicial decisions. The study analyzes, through comparative research, relative to the common law, its place in contemporary jurisdiction, background, components and modalities of implementation, problematizing these and delineating the device's limits in Brazilian law, to comprehend its relevance in judicial activity. The research concludes that it is a non-retroactive judicial law making technique, of exceptional use, simple and practical to give effect to the guiding principles of stare decisis, drawing from the same principles it's autonomy in relation to other modulations of decisions effects in Brazilian law, in terms of scope, criteria and application hypotheses.

Keywords: *Brazilian Code of Civil Procedures; Judicial Precedent; Prospective overruling.*

LISTA DE QUADROS E FIGURAS

Quadro 1: Benefícios dos sistemas de precedentes judiciais	24
Quadro 2: Influências processuais do <i>common law</i> no Brasil	30
Quadro 3: Precedentes persuasivos	43
Quadro 4: Considerações especiais para o <i>overruling</i>	51
Quadro 5: Critérios para aplicação do <i>sunbursting</i>	73
Quadro 6: Hipóteses de aplicação da modulação de efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade operado pelo Supremo Tribunal Federal	98
Figura 1: Decisões interpretativas na Jurisdição Constitucional (Georges Abboud)	102

ÍNDICE DE CONTEÚDO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	13
1.1 O lugar do sistema de precedentes na jurisdição contemporânea	13
1.2 O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica	24
1.3 Novo CPC e o seu sistema de precedentes: em rumo ao <i>common law</i> ?	27
2. ELEMENTOS DE PRECEDENTES JUDICIAIS	33
2.1 Jurisprudência, súmulas e precedentes	33
2.2 A doutrina dos precedentes judiciais	39
2.2.1 <i>Ratio decidendi</i>	41
2.2.2 <i>Obiter dicta</i>	42
2.2.3 <i>Binding & persuasive precedent</i>	43
2.2.4 <i>Distinguishing</i>	45
2.2.5 <i>Overruling</i>	47
2.2.6 <i>Signaling</i>	55
3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES	58
3.1 Introdução: escopo do instituto e sua recepção no Direito brasileiro	58
3.1.1. Modulação de efeitos temporais no CPC/2015: art. 927, § 3º	65
3.2 A técnica do <i>prospective overruling</i> ou <i>sunbursting</i>	69
3.2.1 <i>Pure prospective overruling</i>	76
3.2.2 <i>Selective prospective overruling</i>	79
3.2.3 <i>Prospective Prospective Overruling</i>	80
3.2.4 Outras modalidades de <i>prospective overruling</i>	81

4. PROBLEMATIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DO <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i>	85
4.1 Problemas de iniquidade inerentes à modulação: <i>pure prospective overruling</i> v <i>selective prospective overruling</i> v <i>prospective prospective overruling</i>	85
4.2 A modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade.....	93
4.2.1 Modulação na jurisdição constitucional: histórico, escopo e metodologia ..	94
4.2.2 Problemas inerentes à modulação na jurisdição constitucional.....	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Um dos problemas da prestação jurisdicional brasileira apontados com maior recorrência e unissonidade é a dificuldade geral da sociedade em pautar suas atividades em plena e segura conformidade com o Direito e o entendimento dos Tribunais.

É notório e notável o empenho do novo Código de Processo Civil, desde seus projetos, em revigorar a segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro, ressignificando seu papel na jurisdição e introduzindo novos institutos e mecanismos nesse intuito.

Para alguns autores, a inclusão de um sistema de precedentes é a parte do novo CPC que mais interessa ao nosso macrossistema processual enquanto novidade. Muito embora se possa contestar que a existência de precedentes judiciais na nossa prática jurisdicional não é nenhuma real novidade, é certo que inexiste em nossa cultura jurídica um forte respeito à sua autoridade, especialmente quando se fala sobre o tema na perspectiva da necessidade de isonomia jurisdicional e coesão sistêmica do Direito.

Na iminência de um novo Código de Processo Civil houve pronto respaldo da academia em relação à redação final e aos projetos de código apresentados. Entre as mais diversas críticas exsurgiram pesquisas voltadas à análise minuciosa do tratamento pretendido no texto legal em relação ao enfrentamento dos problemas jurídicos processuais brasileiros e da modificação de antigos dispositivos ou acompanhamento da introdução de novos institutos.

Não sendo o tópico dos precedentes nenhuma exceção ao movimento acadêmico, vários dentre os mais renomados juristas brasileiros já se debruçaram sobre o tema em comentários detalhados acerca da pretensa recepção de um sistema de precedentes judiciais no nosso ordenamento.

Nessa perspectiva, não é o objetivo deste estudo se alongar nos temas da cultura de precedentes. De forma complementar, essa pesquisa abordará a fundo uma das técnicas mais fascinantes, relevantes e pragmáticas do sistema de precedentes judiciais: a modulação de efeitos temporais – o *prospective overruling*.

Embora nos últimos anos pequena porção da academia, mais envolvida no estudo de precedentes judiciais, já discutisse a aplicabilidade da técnica mesmo anteriormente à inovação legislativa, pouco efeito se notou na atividade jurisdicional.

Pode-se afirmar que apenas com o advento do novo Código de Processo Civil a

possibilidade de sua aplicação foi finalmente assentada com segurança, para os fins específicos de superação de entendimentos jurisprudenciais e de *overruling*, na metodologia própria dos precedentes judiciais, inclusive – e sobretudo – no âmbito infraconstitucional.

Sob esse contexto, resta saber qual a relevância e o possível impacto da técnica na atividade jurisdicional brasileira. Para tanto, neste momento de maturação do novo Código, deve-se partir da análise de como se operou a incorporação da modulação de efeitos na essência do nosso novo sistema de precedentes judiciais. Essa análise precisa necessariamente ser seguida da exposição, a partir da *common law*, da origem, do escopo e das diferentes modalidades da modulação de efeitos temporais nos sistemas de precedentes, e da problematização de suas consequências na atividade jurisdicional. Esses são os objetivos da presente pesquisa, que requer a linha comparatista seguida.

A metodologia do presente estudo vale-se do método do direito comparado intersistêmico diacrônico, por meio do qual o mecanismo do *prospective overruling*, enquanto instituto jurídico, será analisado concomitantemente: na tradição da *common law*, onde encontra-se ativo e possui histórico e amplo desenvolvimento no seio da literatura jurídica estrangeira; e no Direito brasileiro, a partir dos projetos e da redação final do novo Código de Processo Civil, contextualizado na jurisdição contemporânea.

Embora já em vigor há um trimestre, a inovação legislativa conta com sistema de precedentes judiciais incipiente e em estágios iniciais de maturação, não justificando uma comparação sincrônica – pois não há, ainda, material na jurisdição brasileira para tanto – ou outra metodologia fora do Direito comparado – pobre seria, v.g., uma análise puramente voltada ao ordenamento nacional e à redação legal do art. 927, § 3º, do novo Código, porquanto não mais que poucas páginas têm sido dedicadas pela doutrina para o tema, no afã de trabalhar neste momento toda a sistemática dos precedentes judiciais.

O texto, portanto, se divide em duas principais partes, consolidadas em um total de quatro capítulos: a primeira cuida das bases teóricas do sistema de precedentes, tão somente no essencial para o desenvolvimento do estudo do *prospective overruling* dentro do contexto jurisdicional brasileiro, dada sua generalidade e profundidade própria; a segunda se dedica à análise comparada da modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes propriamente dita, nos termos da metodologia acima descrita.

No Capítulo 1 serão feitas considerações acerca do sistema de precedentes judiciais, para compreender seu lugar na jurisdição contemporânea e a relação dos princípios que fundamentam o sistema com o novo Código de Processo Civil, para então se concluir noções do que significa a introdução de um sistema de precedentes no Brasil.

No Capítulo 2 o estudo se volta para o contraste da metodologia do sistema de precedentes com a que nossa jurisdição estava mais habituada a trabalhar até o advento da inovação legislativa. Serão esmiuçados os elementos próprios que compõe essa metodologia dos precedentes, estritamente no necessário para a compreensão do *prospective overruling*; fechando o substrato que esta primeira parte visa dar à pesquisa.

No Capítulo 3 analisar-se-á a origem, o conceito, o escopo e as modalidades de aplicação do *prospective overruling*, para compreender – a partir do *common law* para o contexto delineado nos dois primeiros capítulos – o que é e como funciona a técnica da modulação de efeitos temporais das decisões em um sistema de precedentes judiciais.

No Capítulo 4 todas essas informações são problematizadas e simuladas, para que se ilustre e se compreenda a relevância da técnica e os seus possíveis impactos na atividade jurisdicional contemporânea, a brasileira inclusive, mediante sua adoção do sistema de precedentes e, de forma expressa, da modulação de efeitos, no novo Código.

Ademais, a etapa final versará acerca dos limites do instituto, retomando o acervo reunido na pesquisa para iluminar as diferenças entre a modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes e a modulação de efeitos das decisões no controle concentrado de constitucionalidade operado pelo Supremo Tribunal Federal, pondo termo aos horizontes conceituais do *prospective overruling* – e a este trabalho.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

O objetivo primário desse texto não é analisar a o conceito de precedente judicial e seus elementos, muito menos se prolongar em considerações acerca do sistema de precedentes brasileiro previsto no novo Código de Processo Civil. Entretanto, no intuito de uma melhor elaboração da análise da modulação de efeitos, é indispensável que certas noções de base estejam frescas e mantidas em consideração próxima.

Essa primeira parte do estudo tratará acerca de alguns pontos fundamentais para a compreensão adequada do *prospective overruling*. Passar-se-á por algumas considerações acerca da jurisdição contemporânea, sua relação com o novo Código de Processo Civil e com o sistema de precedentes judiciais, os contrastes desse modelo com a metodologia jurisprudencial atualmente trabalhada em nossa jurisdição e, por fim, alguns elementos essenciais dos precedentes judiciais que afluirão diretamente no tema principal desta pesquisa.

1.1 O lugar do sistema de precedentes na jurisdição contemporânea

Não há como se falar em precedentes sem antes se falar em jurisdição.

Para sua compreensão é necessário ter-se em mente a natureza da atividade jurisdicional contemporaneamente e seu trajeto em nossa tradição jurídica¹.

A primeira das teorias clássicas da jurisdição, capitaneada por Chiovenda, sustenta que o direito não é nada mais do que a própria lei. Ao julgador, caberia apenas aplicar a norma geral ao caso concreto, numa separação total e cristalina entre a tarefa da criação do Direito, incumbida ao Legislativo, e a aplicação do Direito, resguardada ao Judiciário. É a ideia que se encontra representada no Código Napoleão, cujas diretrizes e preocupações eram a separação nítida entre os Poderes e a consolidação de uma legislação exauriente na regulação das relações jurídicas. Coerente e completa, a lei veda a cristalização de novas normas pelos juízes.

Outra concepção clássica de jurisdição é a sustentada por Carnelutti, no sentido de que a função do juiz é a composição da lide, momento em que o julgador se incumbe de uma tarefa de criação do direito, constituindo a norma individual do caso concreto: esta particulariza a norma geral às partes do processo. Remonta-se a extensão dessa

¹ L.G. MARINONI, *Teoria Geral do Processo*, p. 90 e ss.

concepção criativa através da clássica metáfora das molduras de Kelsen: o julgador não cria a norma geral, sempre atrelada ao Poder Legislativo, mas apenas uma norma individual para os litigantes, enquadrada nos limites interpretativos conferidos pela lei.

Ambas as teorias clássicas encontram refúgio na supremacia da lei, e estão imersas na lógica do positivismo legalista². Não são aptas para comportar os valores constitucionais do Estado de Direito contemporâneo, uma vez que seus elementos são insuficientes para se elaborar o raciocínio decisório em uma prestação jurisdicional pautada na conformidade com os princípios constitucionais e direitos fundamentais³.

Esse raciocínio decisório passa pela necessidade de compreensão e significação dos casos concretos.

A atividade jurisdicional, na sua qualidade de meio de resolução de conflitos, necessita acompanhar a evolução da realidade social. O constante avanço cultural e tecnológico frequentemente altera situações antes familiares à jurisdição, de modo que se torna imprescindível a apreensão pelo julgador desses novos fatos sociais para que compreenda o caso sob julgamento. Sobre si recai o ônus de avançar o Direito, por meio da atribuição de sentidos determinados aos casos submetidos à jurisdição. A atribuição de sentido no caso concreto obviamente não deixa de passar pela interpretação da lei. O diferencial das teorias clássicas é que a supremacia não é da lei, mas da ordem constitucional. Isso significa que, na atividade jurisdicional, a própria lei deve ter sua constitucionalidade controlada em face às circunstâncias do caso, efetivando na resolução da lide os princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição⁴.

Para Marinoni, a superação da supremacia da lei com a noção da construção de normas jurídicas a partir da significação dos casos concretos é nítida quando se considera a declaração da inconstitucionalidade da lei, o controle da inconstitucionalidade de sua omissão e a tutela de um direito fundamental pelo afastamento de outro no caso concreto, situações em que “a sentença não afirma *positivamente* lei ou norma geral

² Na perspectiva da teoria sucessora, o pós-positivismo, a lógica do positivismo legalista incorre em três principais erros, segundo Georges Abboud: “a) confusão entre texto e norma; b) interpretação como ato revelador de vontade, ora do legislador ora da própria lei; c) sentença judicial como processo interpretativo meramente silogístico em que por simples subsunção o suporte fático é normatizado, dando origem, assim à decisão judicial” (G. ABBoud, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 61).

³ *Teoria Geral do Processo* cit., p. 92

⁴ *Teoria Geral do Processo* cit., p. 94.

alguma”⁵.

A compreensão desse impacto do constitucionalismo na função jurisdicional tem relevância na compreensão da natureza dos precedentes judiciais.

Inegável que, com o advento do constitucionalismo, ocorreram profundas transformações no conceito de jurisdição e Direito, acompanhadas por alterações nas teorias hermenêuticas que tornaram possível o reconhecimento, independentemente do sistema jurídico, que a atividade interpretativa da lei também constitui criação do Direito, e não simplesmente uma atividade declaratória⁶.

Ainda que o aprofundamento nas teorias hermenêuticas⁷ esteja muito além das possibilidades dessa introdução, é menção indispensável na compreensão contemporânea dos precedentes judiciais na jurisdição, e será retomada oportunamente⁸.

Por meio da hermêutica⁹, as teorias jurisdicionais acima ganham efeito no plano normativo. O pós-positivismo é uma corrente hermenêutica jurídica cuja essência é a separação da norma de seu texto legal, o rompimento da decisão judicial com processo silogístico e a conceituação da norma em um plano que trabalha a indeterminação conceitual que perpassa o fenômeno jurídico. Georges Abboud trabalha a teoria a partir de autores como Hans-Georg Gadamer, Martin Heidegger e Günther Figal, para afirmar que, a partir do giro linguístico (*linguistic turn*), a linguagem deixa de ser objeto de estudo para passar a ser um meio de criação de símbolos e significados, não mais se posicionando ao lado do jurídico, mas representando o *medium* que sustenta fenômenos como a Arte, a Música e o Direito¹⁰. Isso é relevante na medida em que, em todo o mundo, “de Kelsen a Hart”, são afetadas as teorias hermenêuticas jurídicas no decorrer do século

⁵ *Teoria Geral do Processo* cit., p. 101.

⁶ J. R. ATAÍDE JR., *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC*, p. 347.

⁷ “Platão chamava os poetas de hermenes, ou intérpretes dos deuses. Segundo a mitologia grega, o deus Hermes fazia a mediação entre deuses e humanos, tendo a habilidade de resolver mal entendidos e apaziguar conflitos” (M. BATISTA, *Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas*).

⁸ Vide itens 2.1 e 2.2.

⁹ Sobre o conceito de hermenêutica aqui empregado, Georges Abboud afirma que “a hermenêutica aparece como filosofia e que, portanto, a universalidade do problema hermenêutico não é dada por um estatuto metodológico, mas, sim, pelo simples fato de que a compreensão é condição de possibilidade para a construção de qualquer projeto epistemológico de assentação sistemática de conhecimento” (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 75).

¹⁰ *Jurisdição Constitucional* cit., p. 56.

XX, dando origem por sua vez ao giro hermenêutico-ontológico, que ressignificou o conceito de norma jurídica:

“Daí que, se compreender não é um processo linear, logo, sentenciar também não. A hermenêutica não é, simplesmente, reduzível a um recuperar a pura intenção do autor (nem da lei) e sim revelar sua verdade (não vontade); assim, interpretar não é um simples reproduzir e, sim, um produzir; não servir e, sim, perguntar, não absolutizar o texto, mas revivê-lo”.

“A norma jurídica não pode ser identificada com nenhum texto escrito, ela é um fenômeno a se manifestar a partir de sua contraposição. (...) Da mesma forma que a Flauta Mágica de Mozart é estruturalmente a mesma, são infinitas as apresentações que podem reproduzi-la¹¹”.

O caráter hermenêutico das decisões judiciais adquire especial relevo diante de tal concepção pós-positivista. A sentença, sobretudo, ao estabelecer a norma para o caso concreto que decide, passa a ser enunciado normativo a orientar a aplicação de casos futuros. “Esses enunciados são fontes normativas importantíssimas do sistema, porque juntamente com a legislação, formam os textos normativos que orientarão a aplicação do Direito nos juízos *a quo*”¹².

A formação de normas adstritas a partir de decisões (precedentes) judiciais nada mais é que um processo hermenêutico¹³.

É das diretrizes do pós-positivismo que se torna alcançável a compreensão das normas jurídicas criadas nas decisões judiciais e, por consequência, o entendimento da doutrina dos precedentes e o desenvolvimento tecnológico de seus mecanismos. Se as normas jurídicas não se confundem com os enunciados normativos (o texto das leis), mas correspondem ao resultado de sua interpretação, as normas são os sentidos (a significação), construídos a partir da conformidade com: (i) a Constituição e seus valores, garantindo os direitos fundamentais; e (ii) a interpretação estabelecida pelos Tribunais, do ordenamento, garantindo a isonomia jurisdicional e a coerência sistêmica do Direito¹⁴. A contemporânea atividade de Hermes, portanto, não é descobrir significado

¹¹ *Jurisdição Constitucional* cit., p. 68 e 79.

¹² *Jurisdição Constitucional* cit., p. 112. É importante ressaltar que o autor traça relevante separação, na hermenêutica, entre a sistemática das normas na jurisdição constitucional e no *stare decisis*, pontos que serão retomadas e melhor trabalhadas no item 4.2 deste trabalho, ao abordar-se a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade operado pelo Supremo Tribunal Federal.

¹³ T. R. BUSTAMANTE, *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 302 e ss.

¹⁴ *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes* cit., p. 365.

preexistente, mas construí-lo à luz dos valores e das interpretações vigentes no ordenamento jurídico: não declarar, mas criar¹⁵.

E são duas as normas criadas na decisão.

Da compreensão clássica de jurisdição advém a *norma individual*, originada para regular o caso concreto. Corresponde à particularização da norma geral para os limites da lide e dos litigantes, e se concretiza no dispositivo da decisão¹⁶.

De outro norte, a norma jurídica criada mediante a interpretação da lei e sua conformação constitucional não tem o condão de regular a lide. É delineada pelo caso concreto e com este estabelece um vínculo inafastável (*materialidade*¹⁷), mas não se cristaliza no dispositivo decisório que vincula as partes. Essa norma é formada pela racionalidade que permeia a decisão e se volta ao regramento das circunstâncias fáticas frente ao Direito, e logo é na fundamentação que encontra sua máxima expressão¹⁸.

Como veremos adiante¹⁹, por indução, essa racionalidade, que se denomina *ratio decidendi*, é o que poderá invocar o precedente judicial – a depender de sua autoridade e força vinculante – como regra geral, para criar, a partir da hermenêutica da fundamentação do precedente (enunciado normativo), normas individuais para futuros casos iguais. Esse aspecto será retomado na segunda parte deste estudo, sob a discussão do retroativo e do prospectivo, pois, no plano do tempo, uma dessas normas

¹⁵ Sobre as nuances semânticos de “criar”, já há divergências na doutrina nacional, que se tornarão melhor compreendidas no decorrer da presente pesquisa. Juristas como Antonio de Pádua Soubhie Nogueira, em tese de doutorado orientada por Flávio L. Yarshell, não hesitam em afirmar que “a adoção da hermenêutica judicial envolve *criação*” (A.P.S., NOGUEIRA, *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*, p. 23). Outra parcela de autores, como Marinoni, afirmam que um sistema de precedentes interpretativos afeta exclusivamente a aplicação do Direito. Não cria novos direitos no ordenamento jurídico, mas enquadramentos de como os juízes devem aplicar esse ordenamento em face a determinada situação concreta (significação): “Seria possível argumentar que a decisão do *common law*, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que, quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especial nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na realidade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro” (*Teoria Geral do Processo* cit., p. 105).

Será esclarecida a discussão quando forem abordadas as teorias normativas no item 3.1.

¹⁶ “a sentença enquanto texto (escrito ou lido), mais precisamente seu dispositivo, traz consigo o sentido que indica a direção, o deslinde da relação jurídica conflituosa. A norma não é algo palpável, fora do caso concreto em que se proferiu, ela não pode ser exportada para outro caso concreto e manter sua qualidade de norma” (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 86).

¹⁷ D. MITIDIERO, *Precedentes: da persuasão à vinculação*, p. 106.

¹⁸ *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes* cit., p. 375-376.

¹⁹ Ver item 1.5.2.

jurídicas se volta para o passado, enquanto a outra tem olhos para o futuro²⁰.

Mais que esclarecer que a norma jurídica é dotada de uma racionalidade, é interessante notar que, por estar inserida em um momento de fundamentação decisória, ela sempre possui seus elementos registrados (no corpo do precedente), ao contrário das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Muito embora uma lei possa estar acompanhada de uma exposição de motivos, esta não a integra nem vincula sua aplicação. Já por ser ato jurisdicional, a norma jurídica criada pelo julgador carece de uma fundamentação²¹, e fica adstrita às circunstâncias que permearam a sua origem.

A criação de leis e a criação de precedentes obrigatórios são fenômenos jurídicos distintos, embora ambos criem normas jurídicas que inegavelmente geram resultados reais sentidos pelos cidadãos.

Tangencia aqui discussão maior das Fontes do Direito, e todas as suas implicações jusfilosóficas. Embora a doutrina mais ortodoxa trate a jurisprudência como, quando muito, fonte secundária, “é preciso ver que, na realidade, a doutrina nunca divergiu a respeito da *imensa dificuldade de se traçar uma teoria precisa sobre as fontes do direito*”²². A relevância prática dessa discussão é imensa, pois a questão que se coloca, do *lugar dos precedentes na jurisdição*, está diretamente vinculada ao lugar que o juiz e seus poderes ocupam nas Fontes do Direito. Aponta o comparatista Thomas da Rosa de Bustamante:

²⁰ Ver item 3.1. Conforme Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “Ou seja, a sentença tem os olhos voltados para o passado e, por isso, a *norma individual* do caso concreto, ao regular as consequências jurídicas de atos e fatos já ocorridos, naturalmente, retroage, ou melhor, aplica-se a atos e fatos passados.

Já a *norma jurídica*, em decorrência do seu caráter geral e abstrato, da sua forte carga normativa e da tendência de repercutir sobre inúmeros outros casos, nasce para se aplicar a atos e fatos futuros” (*Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes* cit., p. 376-377).

²¹ *Teoria Geral do Processo* cit., p. 106-107.

²² *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 79. Em nota, o autor destaca Norberto Bobbio, Thomas da Rosa de Bustamante, Cândido Rangel Dinamarco e Miguel Reale, para concluir que “a doutrina moderna vem reconsiderando a temática ora debatida e verificou que ‘o estudo das fontes do direito está voltado, primordialmente, para o exame dos fatos enquanto *enunciações* que fazem nascer regras jurídicas introdutoras (da norma)’, comprovando haver uma *evolução constante* sobre a abrangência da expressão ‘fonte do direito’”.

“Como concluiu o Grupo de Trabalho constituído pelo Primeiro-Presidente da Corte de Cassação francesa para o fim específico de estudar a modulação dos efeitos nos *revirements de jurisprudence*, ‘as análises efetuadas (no Direito comparado) atestam que a existência de regras visando a modular no tempo as decisões de justiça está intimamente ligada no lugar que ocupa o juiz no sistema jurídico. Ela depende claramente do posto garantido à jurisprudência e do seu reconhecimento como fonte do Direito’”²³.

Não obstante a beleza e a profundidade própria das discussões hermenêuticas e jusfilosóficas que cercam o nosso tema, é cediço que a concessão de autoridade aos precedentes, no *civil law*, é uma tecnologia que injeta no sistema jurídico maior carga de previsibilidade em relação aos efeitos e consequências dos atos perpetrados na sociedade civil, mediante um revigor da segurança jurídica – nas suas acepções de estabilidade e previsibilidade – no exercício jurisdicional. A obrigatoriedade é um componente lógico que visa conferir à jurisdição determinadas qualidades que lhe são mais que desejáveis, são indispensáveis ao efetivarem seu sentido e propósito²⁴.

O modelo de jurisdição que viemos a atingir no *civil law*, com o advento do constitucionalismo e da atuação judicial mediante a concretização das regras abertas, demanda uma contrapartida para efetivar a segurança jurídica, a coerência do direito e a isonomia jurisdicional: a autoridade dos precedentes²⁵.

Sempre foi um desejo comum a todos os grandes sistemas jurídicos que jurisdicionados em situações iguais obtivessem resultados jurídicos idênticos. No entanto, as estratégias da humanidade para se chegar a isso foram completamente distintas.

A tradição do nosso *civil law* tem em sua essência um ideal utópico que ainda mantém a mesma marca no seio da doutrina, muito embora já tenhamos nos confrontado com o advento de “um modelo de juiz completamente distinto do desejado”²⁶.

O ideário clássico no *civil law* foi de que a lei seria suficiente para garantir a igualdade, e que a segurança jurídica residiria unicamente na sua aplicação. Isso conferiu aos ordenamentos jurídicos que adotaram o sistema uma certeza jurídica oposta à noção atingida nos ordenamentos que se nortearam na tradição do *common law*: enquanto

²³ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 416-417.

²⁴ Ver L.G. MARINONI, *Princípio da segurança dos atos jurisdicionais*.

²⁵ Ver L.G. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*.

²⁶ *Teoria Geral do Processo* cit., p. 115.

naqueles essa certeza se fundou na negação da importância normativa das decisões judiciais, neste a certeza foi justamente o principal fundamento da doutrina do *stare decisis*²⁷.

Na análise do papel dos juízes atuais sob o prisma do modelo jurisdicional contemporâneo, tanto o julgador brasileiro quanto o do *common law* possuem a tarefa semelhante de controlar o sentido da lei e sua constitucionalidade no caso concreto.

A evolução da jurisdição aproximou esses dois gigantes jurídicos na contemporaneidade, de tal forma que muitos institutos já foram permutados para amenizar problemas inerentes a cada uma das tradições. Ambos os sistemas, em sua concepção atual, possuem características muito distantes de suas tradições, principalmente com o crescente movimento de harmonização jurídica no fenômeno da globalização²⁸.

As mesmas questões enfrentadas pela nossa jurisdição, como a necessidade de se conferir sentidos a cláusulas gerais, por exemplo, impactaram severamente a doutrina da *common law*. São ressuscitadas discussões acerca de correntes antigas como a teoria declaratória e a teoria positivista da criação judicial do Direito. A questão de se os precedentes representam a criação judicial do Direito ou meros atos interpretativos, vigorosamente debatidas pelos *common lawyers*, têm cada vez mais se aproximado, e essa discussão vem, por vezes, perdendo significância prática em algumas searas, sobretudo na jurisdição constitucional²⁹.

²⁷ "A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. O ponto tem enorme relevância. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, entendeu que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.

Isto significa, portanto, que nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, exatamente nos precedentes, ou, mais precisamente, no *stare decisis*. A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver" (*Teoria Geral do Processo* cit., p.132).

²⁸ O ponto será retomado com maior profundidade no item 1.3.

²⁹ "Na verdade, não há unanimidade, no *common law*, acerca da natureza da jurisdição, se criadora de direitos ou não. Lembre-se que a questão de se os juízes criam direito foi um dos focos principais do célebre debate travado entre Herbert Hart – que sustenta o papel criativo da jurisdição – e Ronald Dworkin – que o nega. Enquanto aquele afirma, sem titubear, que o juiz cria o direito na falta de regra a permitir solução

No entanto, ao passo que a relevância de tal discussão é ofuscada quando se lida com determinação de cláusulas gerais, para o que basta uma teoria de precedentes interpretativos, a compreensão da criação judicial do Direito enquanto fenômeno é requisito fundamental para o desenvolvimento de mecanismos pragmáticos como a modulação de efeitos em um sistema de precedentes.

Apenas na compreensão da função criativa do direito reside a distinção clara, que na teoria declaratória resta em confusão, das duas funções distintas dos Tribunais, referendadas nas duas normas jurídicas mencionadas acima: *adjudication*, trabalhada por nossa hermenêutica como a *norma individual* de cada caso concreto tutelado pela jurisdição; e *judicial lawmaking*, consubstanciada nas *rationes decidendi* dos precedentes judiciais. Nas palavras cinquentenárias de Beryl Harold Levy e Wolfgang Friedmann, quando já debatiam os problemas da cegueira da teoria declaratória em relação ao fenômeno criativo e o atraso institucional que isso acarreta:

*"The traditional theory fudges together what are really two different functions of an appellate court. One function is to decide the instant case; another is to lay down a rule which may afford some guidance in the future. If we regard the rulemaking as the primary, if not exclusive, function of the appellate court, then woe to the litigant and his vain hopes for justice in his particular and individual plight. If we regard the rulemaking as a by-product of the adjudication, then that by-product is nothing less than the development of decisional doctrine in the common law or in the interpretation of a statute. To recognize clearly that these two functions are separable would itself be a huge clarification. We would then be in a position to begin – explicitly, analytically, systematically – to develop one set of operating techniques for adjudication and another set for lawmaking. But as long as we continue to treat this double function as though it were a Siamese twin, we perpetuate the inherited confusion and becloud every effort to contribute to the technology of judicial lawmaking as a consciously undertaken and responsible discipline, subject to criticism (including judicial self-criticism) addressed to the real grounds of the decision"*³⁰.

It is therefore time to turn from the stale controversy over whether judges make law to the much more complex and controversial question of the limits of judicial lawmaking. The continuing validity and importance of the basic separation of functions, in a modern legal system, between the legislative, administrative and judicial branches of government is no less important than the admission that the judicial branch does indeed play a vital part in the evolution of the law. By and large, legislatures must be responsible for the formulation of general principles of conduct which are of general, publicity promulgated and prospective applicability

ao caso, este, ao tratar dos "*hard cases*" no conhecido *Taking Rights Seriously*, argumenta que, "mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda sim, ter o direito de ganhar a causa", o "o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de *descobrir* quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente" (*Teoria Geral do Processo* cit., p. 134).

³⁰ B.H. LEVY, *Realist jurisprudence and prospective overruling*, p. 3.

to a given community for an indeterminate number of situations; administrators must apply such general principles to more specific situations and often to specific groups within the community – even though administrative orders and regulations often have certain legislative aspects; and the courts must apply the prescriptions of legislator, or the generalized principles deduced from a series of precedents, to individual disputes. Such a separation of functions is not confined to the democratic doctrine of separation of powers; it is part of the essential structure of any developed legal system. [...] It is therefore a matter of both theoretical and practical importance to inquire into the limits of judicial lawmaking. Only when we have admitted that judges do make law, does it become necessary and possible to distinguish the characteristic aspects of judicial lawmaking from those of legislative lawmaking”³¹.

Concluindo, é tal aproximação entre os dois sistemas jurídicos que nos têm levado à demandas por reformas para conter o arbítrio judicial – na nossa jurisdição consubstanciada pela infama jurisprudência lotérica – e para remediar a grave crise de insegurança jurídica já instaurada nos jurisdicionados.

Impõe-se, no *civil law*, cada vez mais a necessidade da doutrina da autoridade dos precedentes judiciais, para conferir estabilidade, previsibilidade e coerência sistêmica ao Direito – e ao que representa a existência de um ordenamento jurídico em um Estado de Direito contemporâneo³².

Com todos esses elementos em jogo, não fica difícil visualizar qual o papel de um sistema de precedentes na jurisdição de nossos tempos.

No último dos projetos de novo Código de Processo Civil, ante tal necessidade de reforma, o tema já havia sido reconhecido com destaque, e ganhado seu lugar no Capítulo XV do primeiro título do Livro I da Parte Especial ("do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença"), denominado "do precedente judicial". Na redação final, o sistema resultou tratado de modo mais difuso pelo novo CPC, tendo seus principais

³¹ W. FRIEDMANN, *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling*, p. 595-596.

³² "É completamente irracional o sistema que possui tribunais superiores para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários. Isto não apenas é irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais. Inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual. Note-se que isso é extremamente grave quando se tem consciência de que o direito é produzido pelo Judiciário e que o Estado de Direito depende de um direito coerente. Como adverte Neil MacCormick, no Estado moderno, 'com muitos juizes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro'. Nessa linha, Earl Matz, em ensaio publicado na *North Carolina Law Review*, pontua que um dos valores mais importantes do sistema político americano é o de que os princípios que orientam a sociedade devem constituir 'regras de Direito' e não simples opiniões de alguns homens quem, temporariamente, ocupam relevantes cargos no Poder" (*Teoria Geral do Processo* cit., p. 135-136).

pilares nos arts. 926 e 927, inaugurando o Livro III como suas disposições gerais (“dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”).

Introduz em nosso sistema a doutrina do *stare decisis*, abordando inclusive os limites objetivos nos fundamentos determinantes das decisões, a questão do *distinguishing* e os requisitos especiais do *overruling*, embora em pior técnica na redação final do que no último projeto, como será minuciado³³. Tendo em vista que a superação do precedente pode lesar a confiança justificada no Poder Judiciário, o Código também tornou expresso no ordenamento infraconstitucional a modulação dos efeitos temporais no sistema de precedentes judiciais, no § 3º do art. 927.

Devidamente compreendidas as fronteiras que compõe o horizonte do sistema de precedentes, e as razões de sua implementação em nosso ordenamento, podemos adentrar com mais propriedade no estudo de alguns seus elementos e mecânicas³⁴.

³³ Vide item 2.2. Conforme afirma Cássio Scarpinella Bueno: “O Projeto da Câmara ia muito além das previsões preservadas pelo Senado no final do processo legislativo. Se, em primeira análise, aqueles dispositivos pareciam desnecessários, a prática talvez venha a mostrar que fazem falta no estabelecimento da vivência (e compreensão) dos ‘precedentes à brasileira’ referidos nas anotações ao art. 926 e, indo mais além, até mesmo na construção de uma teoria dos *nossos* Tribunais. Se é certo que o estudioso do tema bem reconhece a questão e certamente não terá dificuldade no manuseio dos precedentes, não é correto generalizar a afirmação. No particular, o novo CPC acabou, nas escolhas que fez, desconsiderando uma das propostas enunciadas no Anteprojeto, de *facilitar* o acesso à Justiça, fazendo o próprio Código o mais compreensível para o seu usuário diuturno” (C.S. BUENO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 574).

³⁴ Espera-se ter, ao menos, demonstrado as fronteiras jurídicas que tangenciam a temática dos precedentes judiciais. Não obstante a previsão legislativa pelo CPC/2015, a compreensão total da sistemática dos precedentes, ainda que pelo método do direito comparado, vai muito além do direito processual civil, dialogando com questões desde teoria geral do processo e teoria geral do direito até a hermenêutica jurídica crítica e suas teorias argumentativas, no fundo maior que são as discussões de filosofia do Direito. Thomas da Rosa de Bustamante, ímpar no tema, sintetiza a profundidade do assunto ao reunir autores de tais bases teóricas para concluir que: “o *Direito é uma ordem normativa institucionalizada (MacCormick) que se constitui sob a forma de uma prática social (Hart) de natureza construtivista (Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy), interpretativa, argumentativa (Dworkin) e não manifestamente injusta (Radbruch, Alexy, MacCormick), pressupondo-se uma teoria procedimental da justiça (Habermas) capaz de tornar definitivamente sedimentado o conhecimento moral necessário para satisfazer as exigências epistemológicas da ideia de ‘extrema injustiça’*” (*Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 165-166).

1.2 O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica

Ante o exposto até o momento, fica claro que uma das grandes pretensões do Código de Processo Civil é a revitalização e a ressignificação da segurança jurídica no nosso sistema. Aliás, essa é a interpretação autêntica do CPC/2015, conforme a exposição de motivos do anteprojeto, a confirmar que “O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”³⁵.

Talvez o flanco mais relevante no qual se dá a atuação do novo Código de Processo Civil na segurança jurídica seja o seu sistema de precedentes judiciais, ao menos na acepção da estabilidade, previsibilidade e coerência sistêmica do Direito.

A tarefa de dimensionar todos os impactos de um sistema de precedentes, sem prolongada observação em estudo empírico lastreado na coleta de dados após a sua implantação, é certamente impossível. No entanto, é possível tecer previsões com base nos valores e princípios inerentes à sistemática dos precedentes, em comparação intersistêmica.

Tal feito requer estudo próprio, mas, apenas para ilustrar um esboço da mudança, colaciona-se alguns dos âmbitos de impacto mais reconhecidamente relevantes no quadro abaixo³⁶. Espera-se passar uma noção mínima da influência e importância do sistema do sistema de precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil, e sua estreita correlação com uma determinada acepção de segurança jurídica.

Georges Abboud, com base em Michael J. Gerhardt (*The power of precedent*) também traz outras 9 funções dos precedentes na cultura do *common law*, que embora não possam ser simplesmente traduzidas para nossa realidade cultural, são marco teleológico importante na compreensão do sistema de precedentes judiciais:

“1) o precedente configura-se como a principal modalidade argumentativa na perspectiva constitucional; 2) É o principal preceito jurídico que possibilita a solução das controvérsias jurídicas pelas cortes; 3) O precedente funciona como efeito vinculante persuasivo que possibilita a aplicação isonômica e coerente do direito; 4) o precedente judicial tem como função a facilitação do diálogo nacional/constitucional sobre o significado e alcance da própria Constituição Federal; 5) o precedente forma e confere clareza para a estrutura constitucional, vale dizer, o precedente torna claras as regras do

³⁵ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, p. 19.

³⁶ Ver Precedentes Obrigatórios cit..

jogo que os litigantes precisam saber para se prevenir acerca das decisões de índole constitucional; 6) o precedente possui função primordial para a formação histórica da nação e sociedade; 7) o precedente é visto como a forma de o Judiciário educar a população a respeito do que é e o que significa a Constituição; 8) Além da formação histórica a cadeia de precedentes funciona como instrumento para a formação da própria identidade nacional; 9) por fim, deve-se destacar a função dos precedentes como mecanismos para assegurar a implementação e concretização dos valores constitucionais³⁷.

QUADRO 1: BENEFÍCIOS DOS SISTEMAS DE PRECEDENTES JUDICIAIS
Previsibilidade
Estabilidade
Isonomia jurisdicional
Coerência sistêmica do ordenamento jurídico
Tutela da legítima confiança dos jurisdicionados na palavra dos Tribunais
Fortalecimento institucional do Poder Judiciário
Otimização do duplo grau de jurisdição
Racionalização da duração e custo dos processos judiciais e administrativos
Otimização da atividade consultiva dos juristas com orientações mais precisas
Mitigação da cultura da litigância
Maior propensão à realização de acordos

É evidente que a inovação legislativa, por si só, não basta para a percepção dos benefícios almejados. O problema da segurança jurídica na jurisdição brasileira é, sobretudo, cultural.

Há motivos para otimismo, contudo, pois não se trata de problema sociocultural, tal qual é, por exemplo, a questão do nosso perfil litigioso de herança cultural latina, relacionado com uma diversidade de outros impasses processuais atuais.

Diferentemente, o dilema da segurança jurídica na jurisdição se trata de um problema cultural adstrito à comunidade jurídica – ou, ainda, visto que seu cerne são decisões judiciais, à magistratura brasileira. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina:

³⁷ *Jurisdição Constitucional* cit., p. 368-369.

“O que se percebe é a confusão entre hierarquia e independência judicial, confundindo-se aquela com insubordinação e com desnecessidade de respeito às decisões anteriores. Esse modo de pensar, segundo pensamos, é equivocado. No entanto, trata-se de algo arraigado em nossa cultura e, particularmente, na cultura dos juízes: os juízes de instâncias inferiores não se veem obrigados a observar os precedentes formados pelos tribunais; estes, por sua vez, não se veem orientados em repercutir, em seus julgados, orientações firmadas em decisões que tenham proferido anteriormente. Tal estado de coisas contraria, evidentemente, a ideia de Estado de Direito estabelecida em nossa Constituição. Ora, se estabilidade e previsibilidade decorrem, naturalmente, da ideia de que vivemos em um Estado de Direito, não há como se fugir desta consequência: os precedentes judiciais devem, sim, ser respeitados, pelos próprios órgãos judiciais que os conceberam e pelos que a eles encontram-se vinculados”³⁸.

Daí haver razão para uma perspectiva positiva em relação ao futuro de nossa jurisdição em relação à segurança jurídica e no novo sistema de precedentes judiciais, visto que impulsos institucionais possuem, aqui, maior relevância. Aliás, a própria inovação legislativa não vem sem representar um anseio e uma resposta por parte de outros setores da comunidade jurídica, em reação perante o problema acima, como se extrai da tônica da exposição de motivos do anteprojeto ao Código de Processo Civil:

“haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de condutas diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

(...) Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que **moldem** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

(...) A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes ao *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso”³⁹.

³⁸ J. M. G. MEDINA, *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*, p. 1241.

³⁹ *Anteprojeto de Código de Processo Civil cit.*, p. 17-18.

Daí incorporaram-se ao ordenamento brasileiro princípios como o da isonomia jurisdicional e o da proteção à confiança legítima dos jurisdicionados, que dão aso à sistemática dos precedentes, à articulação principiológica de seus elementos e, em especial, ao desenvolvimento de mecanismos jurídicos voltados à concretização desses princípios de patente índole constitucionais, como a modulação de efeitos nos precedentes judiciais que alteram entendimentos sedimentados e observados pela sociedade civil com justificada confiança (*reliance*).

1.3 Novo CPC e o seu sistema de precedentes: em rumo ao *common law*?

Tomadas as considerações acima, é questionável se tal inovação legislativa não consiste em um caminhar de nosso sistema jurídico em rumo ao *common law*. Por tal motivo, se faz pertinente esse breve adendo para clarificar que, não apenas não é esse o caso, como tal quadro, de transformação de um sistema para toda uma outra família jurídica⁴⁰, é, em termos práticos, impossível.

É de interesse retomar o mencionado acerca do embate na doutrina anglo-saxônica sobre a natureza criativa ou interpretativa – declaratória, em melhores termos – dos precedentes judiciais⁴¹.

Embora, em nossa tradição jurídica seja mais difícil se desvincular da compreensão de que a norma jurídica criada na atividade jurisdicional consiste na descobrimento de significado preexistente de lei, ou seja, uma tarefa exclusivamente declaratória, na tradição da *common law*, especialmente americana, essa se tornou uma concepção insustentável e demasiadamente abstrata no decorrer do século XX. Há décadas que a teoria da criação judicial do Direito possui maior força na doutrina americana, sob a égide do *Legal Realism*⁴²

⁴⁰ Na expressão de René David (R. DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*).

⁴¹ Ver item 1.1.

⁴² Há, contudo, autores que sustentam concepções mais modernas da teoria declaratória: “A teoria declaratória – pelo menos a hoje sustentada por Dworkin e Simpson – põe ênfase no caráter eminentemente racional da decisão jurídica. O Ato de interpretação do Direito é descrito de forma semelhante a um processo de descoberta da verdade; em grande parte, é ato de conhecimento, de descoberta de um Direito que se comunica com a Moral e é capaz de oferecer respostas *corretas* para cada problema concreto enfrentado pelo aplicador, inclusive e especialmente nos *hard cases*, que são

Para o *common lawyer*, negar a função criativa dos precedentes judiciais passa pela noção de que o julgador, ao elaborar o precedente, tão somente declarou o Direito, preexistente e abstrato, que apenas jamais havia sido posto em termos. Tal é a teoria declaratória, ou doutrina *Blackstone*, em referência à sua jurisprudência. Conforme assevera Beryl Harold Levy, já tangenciando os efeitos temporais daí decorrentes:

“In the traditional view appellate lawmaking is unthinkable: judges are not to ‘pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.’ The judge merely finds the preexisting law; he then merely declares what he finds. A prior judicial decision is not the law itself but only evidence of what the law is. Thus a later judicial decision which seems to change the law has not really changed it at all but has only discovered the ‘true’ rule which was always the law. It follows that any judicial ‘change’ in the law must necessarily be retroactive. It could not be otherwise, for the judge is deemed merely to be articulating what the law has always been – as though the law were, in Holme irony-tipped phrase, a ‘brooding omnipresence’ and not some decision to be made by some specific court. The parties acted yesterday but the law at which the court arrives today is the law which nonetheless covered yesterday’s conduct⁴³.”

A corrente declaratória evidentemente ganha algum sentido nos precedentes interpretativos em matérias relativas à cláusulas abertas e princípios gerais do direito, ou conforme a atividade legislativa em um sistema jurídico se revela mais expressiva.

Natural, portanto, encontrar-se majoritariamente essa linha de pensamento, já que nossa tradição jurídica foi embasada na criação de códigos que pudessem regular e prever todas as condutas da sociedade.

Mas, mesmo com o reconhecimento de que os juízes, na realidade, criam normas jurídicas ao interpretar esses códigos, regras que efetivamente produzem resultados no plano jurídico e que são muito bem sentidas pelos jurisdicionados, não há como se dizer que um dia nosso sistema se transformará, por isso, em *common law*.

Vale a importante ressalva de Medina, no sentido de que “o modelo do *stare decisis* não é exclusivo do *common law*”, sendo bem vindo no *civil law* contemporâneo a

justamente aqueles em que os precedentes são importantes. O Direito é visualizado em sua faceta ideal. Não existe diferença entre ‘Direito’ e ‘Direito justo’ ou ‘racional’.

De outro lado, a teoria positivista põe ênfase no outro extremo. O Direito apresenta-se tal como ele é, tal como ele foi estabelecido por um ato de autoridade. O ato judicial de aplicação do direito difere do ato legislativo que estabelece uma norma jurídica apenas em relação ao grau de generalidade. O juiz, assim como o legislador, não precisa justificar suas decisões para que elas possam ser reconhecidas como fontes de normas jurídicas válidas. O direito judicial é puro *fiat*”. (*Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 458-459).

⁴³ E arremata, em tônica que será revisitada na segunda parte desta pesquisa: “*Blackstone’s jurisprudence, entirely understandable in the intellectual climate of the eighteenth century, remains to this day a formidable impediment to honest and searching examination of the ways in which an appellate court inevitably makes new law*”. (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 2).

introdução de sistemas, elementos e mecanismos que garantam maior segurança jurídica, isonomia jurisdicional e estabilidade à palavra dos Tribunais. E retomando os pilares do Novo Código de Processo Civil, o funcionamento do sistema de precedentes não depende apenas da observância dos precedentes judiciais, mas, também, “da mudança de atitude dos juízes [...] no sentido de *produzir julgados modelares*, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos. Esse é o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas”⁴⁴.

Nossos juízes nunca criarão lei tal qual os juízes do *common law*. As figuras e elementos constitutivos desses macrossistemas jurídicos são megaconstruções históricas com séculos de sedimentação⁴⁵. O próprio direito inglês possui tradição com mais de 8 séculos, rivalizada apenas pelo direito romano.

Irônico: ainda que se imagine que tal transfiguração fosse possível, como se poderia planejar chegar de um sistema de *civil law* a um sistema de *common law* justamente por meio da inovação legislativa?

Isso não significa que os sistemas não têm se aproximado. Atualmente não existem sistemas jurídicos que correspondam à pureza de suas tradições. A contemporânea valoração de princípios constitucionais e supraconstitucionais mudou o foco da atividade jurídica⁴⁶, de tal modo que tanto o *civil law* quanto o *common law* permutam entre si institutos e tecnologias jurídicas de forma crescente. Tal é a tendência da evolução do Direito desde o final do século XIX com o Congresso de Paris sobre o Direito Comparado⁴⁷, acentuada pela harmonização dos ordenamentos jurídicos em um cenário de globalização no qual o direito-custo entra no jogo da competição⁴⁸.

As considerações de Marinoni e Bustamante no ponto são primorosas e de rigor:

⁴⁴ *Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1242.

⁴⁵ O. A. B. SILVA; F. GOMES, *Teoria geral do processo civil*, p. 9 e ss.

⁴⁶ “do ponto de vista teórico, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*. Para o positivismo Jurídico – que, embora decadente, ainda é o pano de fundo das duas tradições jurídicas – em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O Direito judicial – embora tenha vinculatividade ou força diferente nas duas tradições – forma-se do mesmo modo”. *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 103.

⁴⁷ *Os Grandes Sistemas* cit., p. 15.

⁴⁸ F. U. COELHO, *Curso de Direito Comercial v.1*, p. 38-62.

“É preciso lembrar que os sistemas de *civil law* e *common law* caminham para a convergência. A mais recente forma de pensar no *common law* privilegia uma concepção interpretativa do precedente e não mais uma visão da legislação subordinada, tão ao gosto das teorias positivistas. Enquanto isso, embora o *civil law* caminhe em direção a uma verdadeira sobreposição entre a interpretação e a criação do direito, “oficialmente” resiste-se em aceitar a decisão judicial como fonte formal do direito. Não há como deixar de denunciar a covardia, ou talvez a timidez, imperante no *civil law*, em admitir que os direitos têm sido obrigados a criá-los. Há um verdadeiro fosso entre o que se diz que é feito e o que realmente é feito.

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário”⁴⁹.

“as sociedades pluralistas *contemporâneas* evoluíram para um modelo de sistema jurídico fluido (*dúctil, mitte*) em que o Estado já não é mais a única entidade capaz de produzir normas jurídicas, de modo que o Direito há de ser buscado não mais exclusivamente na ‘lei’, mas em princípios constitucionais ou supraconstitucionais que devem ser coerentemente densificados e compatibilizados por um Judiciário acostumado a lidar com questões genuinamente valorativas e morais. Tanto no Continente quanto nos sistemas de *common law* o Direito vai ser encontrado menos em *regras* fixadas apoditicamente pelo Código (França) ou pelo judiciário através de formulações casuísticas (Inglaterra), e mais em *princípios* gerais que, independentemente de passarem por um processo de institucionalização jurídica ao serem incorporados nos textos das Constituições e de tratados internacionais ou normas comunitárias, têm *conteúdo moral* e podem entrar em colisão a todo momento – o que faz com que o foco central da atividade dos juristas se desloque da descrição do sistema jurídico para os problemas que surgem na sua aplicação”⁵⁰.

Os países que adotaram o *civil law* possuem toda uma tradição diversa que permeia, e sempre permeará, sua cultura jurídica e seu Direito interno⁵¹.

Atualmente nenhum dos sistemas pode ser encontrado em um estado de pureza em relação à sua tradição. Principalmente no tocante ao direito processual, ambos os sistemas já se aproveitaram de mecânicas típicas à outra família.

⁴⁹ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 204-205.

⁵⁰ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 94.

⁵¹ Conforme a lição de Ovídio Baptista: “O direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda a sua riqueza existencial e histórica e, mesmo admitindo que se descreva como sistema (...), sua vocação natural orienta-o para a *compreensão* do fenômeno humano que será sempre situado historicamente” (*Teoria Geral do Processo Civil* cit., p. 10).

Teresa Arruda Alvim Wambier, no "*Brazilian national report*"⁵² em 2012, realizou um comparativo entre nosso sistema processual e os sistemas de *civil* e *common law*, no qual associa algumas características em nosso direito processual que são próprias da tradição anglo-saxônica, listadas no quadro abaixo.

QUADRO 2: INFLUÊNCIAS PROCESSUAIS DO <i>COMMON LAW</i> NO BRASIL
Valorização do <i>case law</i>
Adoção das técnicas de <i>legal principles</i>
Adoção das técnicas de <i>vague concepts</i>
Adoção das técnicas de <i>general clauses</i>
Adoção das técnicas de observância ao entendimento dos Tribunais Superiores
<i>Amicus curiae</i>
<i>Class actions</i> : tutela aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ⁵³

Resgatando o que foi mencionado há pouco, se é irônica a tentativa de imputar ao novo Código, inovação legislativa, uma transição sistêmica para fora do *code law*, mais ainda é o fato de, possivelmente residir no Poder Legislativo a principal diferença entre os sistemas de *civil* e *common law* hoje, conforme esclarece o comparatista Thomas da Rosa de Bustamante:

Podemos observar, no entanto, que quaisquer diferenças que ainda remanesçam entre o *civil law* e o *common law* não estarão nem no raciocínio jurídico, no processo hermenêutico de construção de sentido para as normas jurídicas em geral, nem necessariamente nos modos de justificação da decisão, nos argumentos que prevalecem no discurso jurídico. É provável, aliás, que a principal diferença entre as duas tradições não esteja na forma como os juízes desenvolvem o Direito através da interpretação legislativa, da aplicação de precedentes e do uso de analogias e reduções teleológicas (*distinguish*), mas no modo como o legislador se comporta em cada uma das tradições jurídicas. A pretensão de ordenar o Direito de forma coerente e sistematizada, através de um conjunto de máximas que buscam regular antecipadamente as relações jurídicas de modo geral, conjugando todo um saber jurídico preordenado, coerente, abrangente, o mais claro e inteligível possível e, finalmente, o mais completo possível, é um dado que se encontra nos códigos do Continente Europeu e que está ausente no *common law*, onde a atividade legislativa é ainda, pelo menos em parte significativa do direito privado, assistemática, fragmentária e parasitária do direito

⁵² T. A. A. WAMBIER, *Civil procedural systems: pro and contra (Brazilian national report)*.

⁵³ Ver E. VENTURI, *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*, p. 24 e ss.

consuetudinário e jurisprudencial, na medida em que apresenta em muitos casos um caráter *ad hoc* e se vale de conceitos que só fazem sentido se interpretados à luz do *case law*.

(...) Desde que o momento em que o Direito passa a ser visto não apenas como um conjunto de regras – as quais se compõe de duas partes: uma prótase, que indica uma classe de fatos, e uma apódose, que indica uma classe de consequências (Wróblewski) –, mas como um sistema de regras e princípios, sendo que estes últimos não contêm determinações sobre o comportamento a ser seguido, mas estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser alcançado na máxima medida possível, as diferenças entre o *civil law* e o *common law* passam a ser mínimas. Com efeito, enquanto a atividade de aplicação do Direito (em sentido amplo) se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador ou pela jurisprudência, a diferença entre o *common law* e o *civil law* era mais marcante, porque na maior parte das vezes o juiz continental tinha de buscar normas em fontes legislativas, e o *common lawyer* em precedentes judiciais. Mas quando o Direito passa a ser construído e comunicado por meio de princípios essa diferença recua e praticamente desaparece, pois o processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densificação do seu conteúdo por meio de regras adscritas dos princípios de cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais”⁵⁴.

Percebe-se que nosso sistema sempre foi aberto para a evolução com base no que há de diverso, de tal forma que o sistema de precedentes vem apenas a acrescentar, inserindo no ordenamento novas tecnologias jurídicas, e auxiliando na superação de certos impasses em nosso sistema jurisdicional. Nos dizeres de Francis Bacon, com mais de quatro séculos de impecável atualidade:

*“he that will not apply new remedies must expect new evils;
for time is the greatest innovator”⁵⁵.*

Poupam-se maiores digressões sobre tema, ao que se espera, conjuntamente aos itens anteriores, ter esclarecido minimamente o que representam os ares da mudança que trazem os precedentes judiciais ao nosso sistema jurídico; o modificando, aprimorando e harmonizando globalmente, mas jamais descaracterizando-o.

⁵⁴ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 115-116.

⁵⁵ F. BACON, Francis, *Of Innovations*.

2. ELEMENTOS DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A segunda etapa nesta primeira parte se volta para a apresentação de alguns elementos e mecânicas basilares do sistema de precedentes. Relembra-se que a análise mais a fundo da natureza do funcionamento dos precedentes judiciais demanda estudo próprio e, para tanto, já conta com extensa dedicação de diversos autores brasileiros em obras e artigos de referência, além da vasta literatura estrangeira. Espera-se com esse capítulo apenas ventilar algumas dessas noções, que serão indispensáveis à frente.

2.1. Jurisprudência, súmulas e precedentes

É indispensável, para qualquer um que queira compreender os elementos e mecânicas dos precedentes, a noção de que precedentes não se confundem com as figuras da jurisprudência ou das súmulas⁵⁶.

Embora pareça algo notório, ainda persistem equívocos e confusões na doutrina e no próprio Código, que insistiu no uso da jurisprudência de forma mesclada com o sistema de precedentes. Sobre os precedentes na redação final, assevera Medina:

“À luz do CPC/2015, a expressão ganha sentido distinto, embora não exista definição precisa do que seria ‘precedente’, à luz dos dispositivos que usam a expressão, no CPC/2015. No art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras. No § 2º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o CPC/2015 que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que revela que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão. No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada que, segundo pensamos, deve identificar-se com aquilo que se convencionou chamar de *ratio decidendi*. O § 5º do art. 927 transmite a impressão de que ‘precedente’ estaria sendo empregado em sentido latíssimo, para abranger julgados e súmulas (preferimos, no entanto, afastar esse modo de interpretar o dispositivo, pois em nada contribui para deixar mais claro o tema). O art. 988, IV, do CPC/2015 indica que o precedente está na decisão, isso é, o precedente é proferido no julgamento de caso repetitivo, algo que, segundo pensamos, deve ser empregado ao se ler o art. 1.042, § 1º, II, do CPC/2015. Deve-se, à luz dos dispositivos referidos, buscar definição que ajuste-se funcionalmente aos objetivos traçados pelo art. 926, caput, do CPC/2015, no sentido de se propiciar a consecução de uma jurisprudência íntegra, isso é, estável e coerente⁵⁷.

⁵⁶ *Precedentes Obrigatórios*, p. 164.

⁵⁷ *Novo Código de Processo Civil comentado cit.*, p. 1246.

Sabe-se que todo precedente é uma decisão judicial. O inverso, contudo, não é verídico⁵⁸. Não são todas as decisões que podem ser denominadas de precedentes, mesmo que todas elas afirmem o mesmo entendimento⁵⁹.

Um precedente é uma decisão paradigmática acerca de determinado ponto, e são seus atributos internos que o possibilitam tornar-se um paradigma em primeiro lugar, para então servir à orientação jurídica dos jurisdicionados e do restante do Poder Judiciário⁶⁰.

Isso significa que nem sempre a primeira decisão sobre determinada matéria se tornará um precedente, e que outras decisões posteriores que firmem o mesmo entendimento não vão constituir precedentes, salvo se o entendimento for alterado, parcialmente ou na sua inteireza.

Embora o objeto do precedente seja algo um pouco mais complexo no *common law*, o que nos importa aqui é a compreensão de que, em se tratando de precedentes no sistema brasileiro, o ponto definido por um precedente não é matéria de fato, mas sempre de direito – material ou processual⁶¹.

Para estabelecer esse paradigma acerca de um *point of law*, a decisão deve, mais que solucionar o conflito dos litigantes, enfrentar todos os principais argumentos apresentados no caso concreto sobre a matéria jurídica. Isso cristaliza na decisão a teoria

⁵⁸ *Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1248.

⁵⁹ “um precedente judicial não traz a ideia de coletividade, de reunião de decisões harmônicas sobre determinada questão jurídica. Esse é um traço distintivo e característico do precedente judicial quando comparado à noção técnica e estrita de jurisprudência acima exposta. Precedente é uma decisão judicial, e uma decisão judicial não pode ser considerada uma jurisprudência, nem mesmo qualquer conjunto de decisões. Para definirmos, inclusive, o que é jurisprudência não nos basta o critério quantitativo, pois é necessário que esse conjunto de decisões seja harmônico e que verse sobre determinado tema. Conquanto harmônico, para que um conjunto de decisões seja considerado jurisprudência é necessário o transcurso do tempo. (...) Em resumo, quando falamos de precedente judicial, devemos considerar que estamos fazendo referência apenas a uma decisão”. (*Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1247).

⁶⁰ Continua, baseando-se em Henry S. Redfield e Neil MacCormick: “(...) podemos concluir que, se um precedente judicial é uma decisão judicial, o que a torna um precedente é o seu potencial para servir de regra para decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares. Por isso, se afirma que, ‘para compreender o *case-law*, deve-se compreender como é que decisões particulares proferidas por juízes particulares para casos particulares podem ser usadas na construção de regras gerais aplicáveis a ações e transações em geral’. Essa concepção, segundo pensamos, ajusta-se às disposições referidas acima, nas quais o CPC/2015 usa o termo ‘precedente’”. (*Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1247-1248).

⁶¹ “o precedente se constitui como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução por precedente e sim de coisa julgada’. Vale dizer, os precedentes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores. O regime de precedentes representa um direito observando a si próprio” (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 362).

final ou tese referendada pela Corte, e estabelece uma orientação para a interpretação da questão de direito (*holding*)⁶².

Significa que, por vezes, para se obter um precedente é necessário prolongado debate, o que pode demandar diversas decisões até chegar-se ao estágio em que se acredita ter uma resposta satisfatória para ser firmada com o atributo da definitividade⁶³.

Em síntese, o precedente é aquela primeira decisão que finalmente delineou determinada questão de direito e lhe firmou uma teoria como resposta, a qual, embora não seja isenta de críticas ou impossível de ser superada futuramente, ao menos não deixa pendente ao debate nenhuma consideração de maior relevância, enfrentando todos os argumentos aduzidos pelas partes. As qualidades dessa decisão a permitem ser tomada pelos jurisdicionados, julgadores e demais operadores do Direito como uma orientação estável sobre a questão jurídica, ou seja, possui atributos que lhe permitem transcender a disputa do caso concreto para nortear todos os outros casos similares⁶⁴.

São esses atributos que sistematizam os precedentes e demandam o desenvolvimento de métodos e técnicas para seu manuseio próprio. Veremos algumas dessas técnicas adiante, cujas nomenclaturas cada vez mais se popularizam na comunidade jurídica: *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, *binding & persuasive precedents*, *signaling*, *overruling*, *prospective overruling*, entre outras. Vale dizer que a metodologia do sistema de precedentes e a metodologia da jurisprudência e das súmulas pertencem a dois conjuntos distantes, tal qual suas origens. Mitidiero arremata:

⁶² *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 168.

⁶³ *Novo Código de Processo Civil comentado* cit., 1242.

⁶⁴ “O novo Código imagina, porém, que os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e V). Os precedentes, porém, não são exclusivamente *formais* e *quantitativos* – inclusive muitas vezes sequer são *quantitativos*. São também *materiais* [sua autoridade decorre da Corte Suprema] e *qualitativos* [as *rationes decidendi* são necessárias e suficientes para a solução das questões de direito que versam (tese)]. Por essa razão, por exemplo, caso um julgamento de recursos repetitivos não contenha razões determinantes e suficientes claramente identificáveis, não formará precedente, nada obstante oriundo da forma indicada pelo novo Código. O mesmo vale para as súmulas e para os julgamentos mediante incidente de assunção de competência. Daí que os arts. 926 e ss. fornecem apenas pistas – algumas delas falsas – a respeito de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira” (S.C. ARENHART; L.G. MARINONI; D. MITIDIERO, *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II, p. 611).

“Depurado os conceitos de precedente, jurisprudência vinculante e jurisprudência, é possível perceber um equívoco capital no qual recaiu o Novo Código e cuja presença se faz sentir em inúmeros outros institutos: a superposição de que a necessidade de unidade do direito e o efeito vinculante de determinadas razões têm de algum modo ligação com o número de casos envolvendo determinada questão”⁶⁵.

Somente essas peculiaridades do sistema de precedentes já bastariam para distingui-lo da noção de jurisprudência, mais familiar aos juristas brasileiros. Acrescenta-se a diferença de que a jurisprudência, ao contrário de um precedente, não está vinculada a uma decisão, mas a um entendimento jurídico reafirmado de forma harmônica e insistente no tempo. É a representação difusa do que os tribunais vêm entendendo sobre o assunto consoante o reflexo dos últimos julgamentos⁶⁶.

Além de não possuir a sistematicidade dos precedentes, a noção de jurisprudência não reporta a nenhum conjunto específico de circunstâncias fáticas, e isso faz com que não delimite a questão jurídica com a mesma precisão de um precedente criado num caso concreto. Essa dissociação da questão de direito das circunstâncias fáticas na jurisprudência por vezes acaba tornando a solução que se deve dar para cada situação um tanto quanto nebulosa. Conforme afirma Georges Abboud:

“A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a análise da questão fática dos casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente”⁶⁷.

Súmulas são criações jurisprudenciais e seguem sua metodologia⁶⁸, o que já

⁶⁵ O autor afirma que esse problema se alastra para outras áreas do Código, como as Tutelas de Evidência, o Julgamento de Improcedência Liminar do Pedido, os Poderes do Relator, os Poderes do Presidente e do Vice-Presidente das Cortes de Justiça para a admissão de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial e no cabimento da Ação de Reclamação (*Precedentes: da persuasão à vinculação* cit., p. 110-111).

⁶⁶ No CPC/2015, entretanto, a noção de Jurisprudência pode ter sido parcialmente ressignificada, conforme asseveram Arenhart, Marinoni e Mitidiero: “O novo Código claramente outorga outro sentido ao termo *jurisprudência* – ao menos para determinados casos. Para essas situações, o novo Código exige a sua ressignificação: isso porque, ao *emprestar força vinculante* aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomados em incidente de assunção de competência (art. 927, III) no âmbito das Cortes de Justiça e *dispensar a múltipla reiteração de julgamentos* como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência” (*Novo curso de processo civil* cit., p. 610).

⁶⁷ *Jurisdição Constitucional* cit., p. 362-363.

⁶⁸ Arenhart, Marinoni e Mitidiero, na mesma linha, elaboram sobre a ressignificação das súmulas no CPC/2015: “O mesmo ocorre com as *súmulas*. Quando as súmulas eram vistas apenas como um método de trabalho capaz de ordenar e facilitar a tarefa dos juízes – note-se que aí os destinatários das súmulas eram *apenas e tão-somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as emanavam*

denota de imediato sua distanciação do conceito de precedentes⁶⁹. Uma súmula é um verbete de jurisprudência⁷⁰, um curto enunciado do entendimento reiterado e predominante da Corte sobre determinada questão jurídica⁷¹. Embora obviamente precise estar fundamentada em uma diversidade de julgados recentes para demonstrar que este é, de fato, o sentido apontado pela jurisprudência da Corte⁷², não provém de nenhuma das circunstâncias fáticas desses julgados individualmente, e, portanto, é igualmente falha em delimitar a questão jurídica com base em circunstâncias concretas⁷³.

– bastava redigi-las de *forma abstrata*, sem qualquer alusão aos casos concretos aos quais ligadas. Ao reconhecer as súmulas como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral (art. 927, II e IV), previu-se o *dever de identificação e de congruência* das súmulas com as *circunstâncias fáticas* dos casos que motivaram suas criações (art. 926, § 2º). (*Novo curso de processo civil* cit., p. 610).

⁶⁹ “A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da ponderação de cada caso concreto”. (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 363)

⁷⁰ “As súmulas sempre desempenharam a função de apontar a orientação jurisprudencial adotada pelos Tribunais. Não são, como regra, dotadas de força vinculante, e nem sempre revelam entendimento efetivamente duradouro. Pelo contrário, não raro assiste-se ao rápido abandono do entendimento sumulado e, em alguns casos, ou, ainda, a edição de nova súmula, tratando diferentemente da mesma matéria. (...) Isso, contudo, não impede que um entendimento sumular influencie, sobremaneira, o comportamento dos julgadores. É que a súmula representa aquilo que, normalmente, a *jurisprudência pacífica* ou *majoritária* do *Tribunal* tem decidido. Diante disso, sendo uma questão submetida ao órgão criador de determinada súmula, espera-se uma decisão coerente com aquele entendimento sumulado” (*Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1244).

⁷¹ “A Súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. A súmula, todavia, não pode ser confundida com o precedente propriamente dito, aquele do *common law*, como tem feito boa parte da doutrina e como faz o CPC (ao tratar das súmulas no capítulo que trata do precedente judicial, como se se tratassem de uma e de uma mesma coisa)” (N. NERY JR.; R. M. A. NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1832-1833).

⁷² Quando o assunto são Súmulas Vinculantes, no entanto, sequer essa reiteratividade é por vezes preenchida, como foi o que sucedeu com a Súmula Vinculante 11, baseada tão somente no julgamento do HC 91.952 (*Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1242).

⁷³ Mitidiero e Marinoni tecem comentários relevantes acerca do propósito e da trajetória das súmulas em nosso ordenamento, e sua relação com os precedentes:

“As súmulas sempre foram conhecidas no direito brasileiro. Inicialmente, as súmulas serviram para identificar e precisar o entendimento de dado tribunal acerca de questão jurídica. Essas jamais tiveram eficácia prática, já que não eram obrigatórias nem mesmo aos juízes do tribunal que as produzira e nunca contaram com a adequada atenção dogmática, necessária à dilucidação do seu uso e revogação.

Lembre-se, apenas para tentar demonstrar o que se pretende anunciar, que tais súmulas se mantinham ou se mantêm em vigor ainda que não utilizadas ou negadas na prática do tribunal que as editou. Na realidade, tais súmulas nunca tiveram serventia, tendo no máximo se mostrado aptas a demonstrar o que, em determinado instante, o tribunal decidiu sobre dada questão.

De qualquer forma, o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões. Trata-se, neste sentido, de uma metalinguagem, pois volta a enunciar algo que já faz parte da linguagem de decisão judicial.

O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas *garantias* de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, *mas*

Aliás, não é praxe dos juristas brasileiros a leitura dos julgados que deram origem a uma súmula, ao menos não com o fim de buscar fundamentar o sentido do verbete no cotidiano profissional. Nesse sentido, Marinoni confere o *coup de grâce*:

“As súmulas, no direito brasileiro – se não foram idealizadas – foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem. Certamente não tiveram preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade.

Caso a história judicial houvesse demonstrado tal preocupação, teriam suscitado discussões doutrinárias apropriadas acerca da sua aplicação, bem como decisões que explicitassem a sua origem – num contexto amplo – e as razões para a sua adoção ou não diante das particularidades fáticas do caso sob julgamento. Lembre-se que, para justificar as súmulas, aludiu-se à necessidade de ‘desafogar o Judiciário’, mas nunca se disse – ao menos antes da ‘súmula vinculante’ – que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual.

Se o precedente obrigatório pode permitir a racionalização do Poder Judiciário, essa é apenas uma consequência daquilo que realmente justifica a sua instituição. Não se quer dizer que fator desta espécie não tem importância, mas somente que é secundário, ou seja, que depende de o sistema ser pensado a partir da sua verdadeira substância. O verdadeiro problema é ignorar que o instituto da súmula pode servir para garantir a necessidade de coerência da ordem jurídica e de tutela da igualdade e da segurança.

Em suma, o repertório de súmulas se transformou num mero ‘guia de interpretação’, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num ‘guia de interpretação estático’ e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos”⁷⁴.

É suficiente a compreensão de que a grande diferença, e possivelmente a grande vantagem dos precedentes em relação às súmulas e à jurisprudência é o seu grau de sofisticação. Possibilita aos juristas, com uma nitidez muito superior, absorver o sentido dado pelos Tribunais à questões bem determinadas com circunstâncias claramente delineadas, resultando no conjunto de melhorias apontados no item 1.2. Aí residem algumas das razões para se apontar o sistema de precedentes judiciais como o principal

é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. É certo que se poderia dizer que o enunciado da súmula provém das decisões judiciais, fruto da participação em contraditório. Acontece que a súmula, só por isso, é diferente, carecendo de igual legitimidade, ao menos quando se pensa na sua observância obrigatória ou na sua incidência sobre a esfera jurídica de outros jurisdicionados” (L. G. MARINONI; D. MITIDIERO, *O projeto do CPC: críticas e propostas*, p. 165).

⁷⁴ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 480-483

responsável pelos resultados almejados no novo Código de Processo Civil⁷⁵.

2.2 A doutrina dos precedentes judiciais

A doutrina dos precedentes é baseada na máxima *stare decisis et non quieta movere*, comumente encurtada para *stare decisis*. O sentido extraído pelos ingleses é “mantenha-se pelo o que que foi decidido e não disturbe o que foi estabelecido”⁷⁶.

É o grande pilar que suporta todo o ideário de justiça e providencia a certeza jurídica na tradição da *common law*, como já mencionado⁷⁷.

Vale retomar as considerações de José Miguel Garcia Medina no ponto:

“O modelo do *stare decisis* não é “exclusivo “ do common law. Embora não faça sentido a ideia de se tentar ‘transformar’ o direito brasileiro em *common law*, nada impede que mecanismos que estimulem os juízes a se orientarem por precedentes já firmados sejam, em sistemas como o brasileiro, criados pela lei. (...) O modelo de precedentes, contudo, pode ser útil, a fim de se afastar a ideia de que, a cada nova decisão, o texto legal pode ser considerado como se não houvesse um histórico sobre como deve ser interpretado e aplicado. No entanto, um modelo precedentalista depende, sobretudo, da mudança de atitude dos juízes, não no sentido de se dever obediência ao precedente, mas, especialmente, no sentido de se produzir julgados modelares, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos. Esse é o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas”⁷⁸.

No último dos projetos de NCPD, a expressão da doutrina do *stare decisis* havia sido inserida no art. 521, *caput*, parágrafos e incisos. A versão final aprovada do Código, “diferentemente do que havia sido posto na Câmara dos Deputados, é bem mais modesta

⁷⁵“Destarte, no que diz respeito à teleologia, fica evidente que na evolução histórica, os precedentes surgiram para garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis. Desse modo, o precedente não apenas garante segurança jurídica, até porque ele é o ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza, e não os soluciona de maneira lógico-subsumtiva como pretende a legislação e a súmula vinculante.

O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, nesse sentido, Keith Eddey ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica”. (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 371).

⁷⁶ “*The English system of precedent is based on the Latin maxim stare decisis et non quieta movere (usually shortened to stare decisis) which loosely translated means: “stand by what has been decided and do not unsettle the established”. This supports the idea of fairness and provides certainty in the law*” (J. MARTIN, *The English legal system*, p. 23).

⁷⁷ Ver itens 1.1 e 1.3.

⁷⁸ *Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1242.

ao tratar do assunto”⁷⁹ nos seus arts. 926 e 927, mas assegura a existência do sistema, em interpretação com outras referências legais aos precedentes judiciais, como, em especial, o art. 489, § 1º, V e VI. Isso será melhor ilustrado no decorrer deste item, mas é fundamental a ressalva de Daniel Mitidiero sobre a redação do art. 927, no sentido de que o Código disse mais e menos do que deveria dizer sobre os precedentes judiciais:

“Em primeiro lugar, o art. 927, I, não prevê propriamente hipótese de precedente. Trata-se de caso de controle de constitucionalidade. O dispositivo confunde eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente. Daí que não são propriamente as ‘decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade’ que valem como precedentes. As decisões em controle concentrado visam a aplicar a Constituição a fim de aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo – portanto, visam à solução da questão constitucional e os respectivos dispositivos contam com eficácia *erga omnes* (art. 102, § 2º, CF). O que pode, no entanto, gerar precedente são as razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle abstrato de constitucionalidade – tanto quanto podem gerar, aliás, as razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle difuso de constitucionalidade. O art. 927, I, do CPC, confunde o plano da aplicação – que é o plano em que se situa o controle de constitucionalidade – com o plano da interpretação – que é o plano em que se situa a formação do precedente judicial. (...) Em segundo lugar, deixa de arrolar hipóteses em que pode haver a formação de precedentes e arrola hipóteses em que pode não haver a formação de precedentes. Isso quer dizer que de um lado o art. 927 do CPC deve ser visto como meramente exemplificativo e de outro deve ser visto como qualitativa e funcionalmente incompleto”⁸⁰.

Já na tradição do *common law*, o *stare decisis* é a premissa que dá sustentação a todos os precedentes, de tal forma que não somente é o que possibilita a criação judicial do Direito como é também a sua própria sustentação, ou seja, não advém (necessariamente) de previsão legislativa: é uma máxima jurídica que fundamenta e encontra fundamento na história da jurisdição⁸¹.

⁷⁹ H. THEODORO JR.; D. NUNES; A. M. F. BAHIA; F. Q. PEDRON, *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, p. 359.

⁸⁰ *Precedentes: da persuasão à vinculação* cit., p. 107-108. O autor também arrola como precedentes os Recursos Extraordinários e Especiais não repetitivos julgados pelas Turmas e Embargos de Divergência.

⁸¹ “são os precedentes que impõe que os precedentes sejam seguidos, o que comprova a afeição desse sistema aos resultados das interpretações judiciais” (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 69).

2.2.1 *Ratio decidendi*

Já foi feita breve menção no item 1.1 ao que comumente se denomina *ratio decidendi*, ou motivos determinantes da decisão.

Precedentes judiciais só podem ser operados se a racionalidade que permeia as decisões do passado é conhecida. Em toda decisão judicial são expostos os motivos que levaram o julgador à conclusão firmada no dispositivo; os motivos determinantes daquela decisão. Esses motivos são o que constituem a norma jurídica (*ratio decidendi*) criada pelo juiz, e se o dispositivo é a parte que mais interessa aos litigantes (norma individual), a fundamentação é a que mais interessa aos jurisdicionados, aos operadores do Direito, e ao restante do Poder Judiciário.

Sir Rupert Cross definiu a *ratio decidendi* como qualquer regra (*rule*) considerada pelo juiz de forma explícita ou implícita como etapa necessária para chegar à conclusão da decisão⁸².

Conforme asseveram Arenhart, Mitidiero e Marinoni:

“O precedente pode ser identificado com *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido como *holding* do caso. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”⁸³.

A *ratio decidendi* é o que possibilita a um precedente que os demais julgadores o sigam em casos iguais no futuro. Tal noção é de suma importância, na medida em que somente os fundamentos que foram determinantes para a decisão contida no precedente é que possuem força vinculante em relação aos casos porvir.

As *rationes decidendi* são o componente axiológico por meio do qual se concretiza o Princípio da Universalizabilidade, a chamada justiça formal expressada na exigência de tratar-se de igual forma casos substancialmente semelhantes. Conforme Bustamante:

“Em qualquer sistema jurídico um precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser submetidos *sempre* que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica”⁸⁴.

⁸² *The English legal system* cit., p. 23.

⁸³ *Novo curso de processo civil* cit, p. 613.

⁸⁴ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 113.

Podemos encontrar esse importante elemento dos precedentes na interpretação conjunta dos arts. 927, § 1º, e 489, § 1º, V, do CPC/2015⁸⁵:

Art. 927. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Se apenas os motivos determinantes compõe a norma jurídica judicialmente criada, o restante do conteúdo da fundamentação (*dictum*) compõe sua contraparte.

2.2.2 *Obiter dicta*

Todo o restante da fundamentação de uma decisão judicial que não integrar a *ratio decidendi* é denominado de *obiter dicta*, cuja tradução pode ser tida como “outras coisas ditas”. São afirmações soltas ou mencionadas *an pasan* na fundamentação, e os juízes não precisam segui-las em casos futuros⁸⁶.

Trata-se de um conceito residual. Tudo o que não tiver sido determinante para a decisão, mesmo que conste expressamente no corpo de sua fundamentação, não é *ratio decidendi* e, portanto, é *obiter dicta*.

Para exemplificar, consideremos trechos de decisões onde são especulados pelo julgador quais seriam os resultados se as circunstâncias fossem outras. Se, no futuro, surgir perante o Poder Judiciário algum caso que se amolde à essas outras circunstâncias, não necessariamente será seguido o que foi mencionado na primeira decisão, uma vez que se tratava de mera especulação que em nada importou para a solução da questão jurídica (*holding*) no precedente⁸⁷.

⁸⁵ Em contraste, o último dos projetos trazia parágrafo próprio para o tópico, com redação clara e técnica: “Art. 521, § 3º: “O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”.

⁸⁶ *The English legal system* cit., p. 24.

⁸⁷ Thomas da Rosa de Bustamante recupera do comparatista de Yale, Mirjan Damaška, valorosa ressalva que muito aproveita ao nosso sistema de precedentes: “Enquanto o juiz do *common law* compararia os fatos considerados ‘materiais’ no caso tomado como precedente e no caso ainda pendente de resolução, o jurista continental procuraria no precedente apenas um ‘*pronunciamento em forma de regra*’ (*rule-like pronouncement*) com alto grau de autoridade’: ‘Aquilo que a doutrina convencional do *common law* iria desvalorizar, tratando como mero *dictum*, é bem recebido precisamente porque tem sustentação independente da concreta constatação dos fatos no caso’”. *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 107.

Não convém, nesta brevíssima apresentação, entrar nos pormenores deste instituto, mas se alerta para a imensa problemática oriunda da redação dos precedentes: não há separação explícita entre o que é ou não é determinante na fundamentação, e a tarefa de se separar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* nem sempre é tão simples⁸⁸.

Por muitas vezes trata-se de análise altamente complexa, e existem diversas técnicas próprias de interpretação de precedentes judiciais à disposição dos juristas para realizar esta delimitação com maior primazia. Tais metodologias foram intensamente trabalhadas na literatura estrangeira pelos *common lawyers*, por nomes como *Arthur L. Goodhart*, seguido por *Cross*, *Simpson*, *Stone* e, mais recentemente, *Neil MacCormick*⁸⁹.

Obiter dicta havia sido expressamente incluída, em parágrafo subsequente à *ratio decidendi*, no projeto de Código da Câmara dos Deputados⁹⁰, mas na redação final da Lei 13.105/2015 foi relegada à sua natureza residual, implícita nos dispositivos que versam sobre a *ratio decidendi*.

2.2.3 *Binding & persuasive precedent*

Binding precedents, ou precedentes obrigatórios, devem ser seguidos pelo juiz no caso sob julgamento ainda que ele discorde da racionalidade firmada no precedente judicial. A obrigatoriedade é relativa apenas à sua *ratio decidendi*, e sua extensão se dá apenas aos casos que sejam similares ao precedente, ou seja, que apresentem as mesmas circunstâncias de seu *core*, efetivando o Princípio da Universalizabilidade⁹¹.

Persuasive precedents, ou precedentes persuasivos, não precisam necessariamente ser seguidos pelo julgador. O juiz pode, entretanto, se filiar à essa racionalidade no caso concreto se ela o persuadir, convencendo-o de que é a regra que resulta na melhor solução para o caso concreto.

⁸⁸ Ver L. G. MARINONI, *Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro*.

⁸⁹ Sobre a interpretação de precedentes judiciais e os problemas da *ratio decidendi*, ver *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 259-282.

⁹⁰ Art. 521, § 4º: Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos: I - prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II - não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

⁹¹ *The English legal system* cit., p. 25.

Note-se que isso geralmente se dá na criação de um novo precedente, e não é uma opção do juiz caso já exista uma racionalidade firmada em um precedente obrigatório que se encaixe no caso sob julgamento. Há diversas fontes de precedentes persuasivos, exemplificadas no quadro a seguir⁹².

QUADRO 3: PRECEDENTES PERSUASIVOS
Decisões de Cortes hierarquicamente inferiores: exemplo é o caso <i>R v. R</i> (1991), no qual a <i>House of Lords</i> concordou com a racionalidade da Corte de Apelação e a seguiu para fundamentar sua decisão.
Fundamentos considerados como <i>obiter dicta</i> : as menções de como teria sido julgada determinada matéria caso as circunstâncias do caso fossem distintas constitui <i>obiter dicta</i> e não integra o precedente obrigatório. No entanto, caso essas circunstâncias distintas se apresentem em um novo caso, é possível que a Corte se valha desse precedente persuasivo, principalmente se o primeiro julgamento foi realizado por um tribunal superior.
Julgamento ou voto dissidente: é possível que o tribunal <i>ad quem</i> seja persuadido pelos argumentos constantes não na decisão apelada, mas na declaração de voto vencido, e resolva os adotar na sua própria decisão.
Decisões de Cortes estrangeiras: sobretudo em casos inéditos de maior complexidade (<i>hard cases</i>), um Tribunal pode sempre se inspirar em argumentos trazidos em outro julgamento de alguma Corte estrangeira que já tenha enfrentado a matéria. Mais comum nos Tribunais Superiores.

Parte da doutrina, como José Miguel Garcia Medina, concorda com a classificação, e a estende para a própria autoridade dos precedentes (*binding & persuasive authority*)⁹³. Outra parcela, como Arenhart, Marinoni e Mitidiero, afirma que, dada a significação do termo precedente na redação final do Código, os precedentes brasileiros são apenas aqueles provenientes dos Tribunais Superiores e, portanto, são

⁹² *The English legal system* cit., p. 25.

⁹³ *Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1248-1249.

sempre vinculantes⁹⁴. Há fortes motivos, no entanto, que denotam ser mais próprio, por aspectos técnicos e práticos, reconhecer a existência dos precedentes persuasivos⁹⁵, mesmo porque é elemento importante para o desenvolvimento judicial do Direito e a para o *overruling*, através, v.g., do voto vencido⁹⁶.

2.2.4 *Distinguishing*

Da máxima de que casos iguais merecem soluções iguais provém a decorrência lógica de que se deva definir quais são esses casos iguais, distinguindo os demais.

A técnica do *distinguishing* consiste na atividade comparativa de todas as circunstâncias relevantes que permeiam o caso concreto com as circunstâncias que se faziam presentes em determinado precedente que se acredita ser o aplicável⁹⁷.

Novamente, essa noção, que à primeira vista parece simples, pode se revelar uma tarefa complexa na prática jurisdicional. Como precedentes são decisões judiciais, além de delimitar quais são seus fundamentos determinantes é necessário que se consiga manejar e executar com propriedade essa tarefa comparativa.

Apesar da expressão usual, obviamente não existem dois casos idênticos, nem mesmo na seara das ações coletivas ou demandas repetitivas. O que invoca a aplicação (obrigatória ou persuasiva) de um precedente é, em melhores termos, a suficiente similaridade das circunstâncias do caso concreto ao *core* daquele precedente, e o resultado dessa comparação lógica possui a mais relevante das consequências.

⁹⁴ “Os *precedentes* emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre *obrigatórios* – isto é, *vinculantes*. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples *exemplos*” (*Novo curso de processo civil* cit., p. 611).

⁹⁵ Conforme Georges Abboud: “Outrossim, a existência de precedentes não vinculantes, porém firmes em dado sentido, é, muitas vezes, mais produtiva para o debate e o aperfeiçoamento da interpretação (jurisprudencial) do que uma única decisão dotada de efeito vinculante, que pode ‘travar’ o debate nas instâncias inferiores, especialmente se considerado seu ‘deslumbramento’ e ‘reverência’ diante das decisões do STJ e STF. (...) Nunca é demais lembrar que a força dos precedentes deve ser levada em consideração mesmo nos sistemas da *civil law*, como o nosso, independentemente de o ordenamento lhes atribuir efeito vinculante. Afinal, os precedentes indicam a linha de entendimento do tribunal, e geram expectativas legítimas nos jurisdicionados a esse respeito”. (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 451-425).

⁹⁶ DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais (v. 3), p. 39.

⁹⁷ “*This is a method which can be used by a judge to avoid following a past decision which he would otherwise have to follow. It means that the judge finds that the material facts of the case he is deciding are sufficiently different for him to draw a distinction between the present case and the previous precedent. He is not then bound by the previous case*” (*The English legal system* cit., p. 36).

Se a conclusão for de que o caso em análise (*instant case*) é igual ao precedente A, isso atrairá a sua autoridade, que como já mencionado, traduz-se num vínculo obrigatório de aplicação da regra X (*rule*) contida em seu núcleo (*core*) para dar solução à questão jurídica (*holding*). Se a conclusão for que o caso sob julgamento possui circunstâncias que o distinguem de A, a autoridade está afastada e o caso se vinculará a outro precedente ou, não existindo, haverá abertura para a constituição de uma nova regra (Y) para aquele *point of law*, consubstanciando um novo precedente judicial (B)⁹⁸.

As técnicas de *distinguishing* são, portanto, métodos que devem ser utilizados pelo jurista para evitar seguir determinado precedente se considerar que as circunstâncias são suficientemente diferentes para distinguir o caso concreto.

É fundamental apontar que isso jamais deve servir ao julgador como veículo de fuga dos precedentes.

Primeiramente, porque ao intentar isso o juiz negaria toda a coesão do sistema jurídico ao caso sob julgamento, e distorceria os efeitos dos atos das partes no plano da segurança jurídica.

Em segundo lugar, o uso indiscriminado do *distinguishing* leva às "pontas duplas" (*hair-splitting*) do Direito, onde determinadas questões jurídicas tornam-se desnecessariamente complexas pelo simples motivo de que existem diversos resultados distintos possíveis para casos cujas diferenças circunstanciais são tão ínfimas, e tão banais, que acabam se mostrando ilógicas, dando origem à decisões teratológicas⁹⁹.

O *distinguishing* pode ser encontrado no novo Código de Processo Civil¹⁰⁰ no art. 489, § 1º, V e VI, e, conforme o Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis "O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o

⁹⁸ "According to this conception of law, prior precedent (a) represents the primary rule (x) which can be identified through various secondary rules as the law. However, when a court relies on the secondary rule of change to create new precedent (b), the court overturns prior precedent (a) to eliminate rule (x) and introduce new primary rule (y)". J. R. N. WALL, *Prospective Overruling – it's about time*, p. 9.

⁹⁹ *The English legal system* cit., p. 41.

¹⁰⁰ "Destarte, embora não haja, no novo CPC, previsão expressa como a que havia no § 5º do art. 521 do Projeto da Câmara, que não foi mantida pelo Senado na última etapa do processo legislativo (v. *infra*), é inegável que a observância dos precedentes referidos dos incisos do art. 927 (pressupõe a similaridade do caso (na perspectiva fática e jurídica) e a correlata demonstração desta similaridade. É este o alcance da fundamentação exigida para a espécie, nos termos dos incisos V e VI do § 1º do art. 489, aplicáveis à espécie por força do § 1º do art. 927. A existência de *distinção* do caso para justificar a não observância do precedente é elemento inerente a uma verdadeira teoria dos precedentes a ser construída, com os devidos temperos nacionais, pela doutrina brasileira" (*Novo Código de Processo Civil anotado* cit., p. 573).

caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

2.2.5 Overruling

Dentre os meios de *judicial departure*, o *overruling*, ou a ab-rogação de um precedente judicial, é o momento no qual uma nova decisão é propositalmente elaborada por Tribunal competente em divergência ao entendimento firmado até então, de modo a substituí-lo como novo paradigma para a orientação da comunidade jurídica¹⁰¹.

Um caso mais simples de *overruling* é quando um precedente elaborado em menor instância é revogado por um Tribunal hierarquicamente superior, que estabelece um novo precedente judicial para a matéria (*overturn*).

Já questão que demanda análise mais elaborada é a de se uma Corte pode revogar seus próprios precedentes. Resposta óbvia na nossa tradição, adianta-se que sim, inclusive é a principal forma de evolução judicial do Direito no *common law* hoje, e continuará a desempenhar igual papel no *civil law*¹⁰². Conforme assevera Medina:

“Embora um sistema de precedentes judiciais exista para garantir, dentre outras coisas, a estabilidade do direito, é inegável que erros e mudanças de entendimentos podem ocorrer. Mas essa afirmação não é muito esclarecedora. Para permitir a evolução do direito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao longo

¹⁰¹ “O *overruling*, no entanto, não é o único caso de *judicial departure*. Como explica Eng, ‘é importante observar que *distinguish*, *overruling* e *fact-adjusting* são funcionalmente equivalentes; eles servem como meios alternativos para a mesma finalidade’. Nas três situações estamos diante de um caso de abandono da regra adscrita (de origem jurisprudencial) que aponta para uma determinada solução ao problema jurídico enfrentado. O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não ocorrência de suas consequências no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita aceita como precedente. O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria *validade* da regra antes visualizada como correta. Por isso, as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguish* (seja a interpretação restritiva ou a redução teleológica do precedente judicial)” (*Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 388).

¹⁰² Nogueira, em excerto de José Carlos Barbosa Moreira: “Conforme bem visto por Barbosa Moreira, na sua particular apreciação do fenômeno, ‘mutável que é a realidade social, compreende-se que mude também, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal. Nada mais natural, assim, que a evolução da jurisprudência através da constante revisão das teses jurídicas fixadas. Na inércia do legislador (...), ela (a jurisprudência) funciona como respiradouro indispensável para permitir o progresso do direito e impedir a fossilização dos textos normativos’. E, citando Calamandrei, conclui: ‘seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e expansão’” (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 115-116).

dos anos, juízes e juristas passaram a desenvolver critérios para a revogação de precedentes judiciais. O desenvolvimento desses critérios sempre teve como base a preocupação em manter atualizado o direito perante as modificações no estrato social¹⁰³.

No entanto, a matéria nem sempre foi pacífica, principalmente no Direito inglês, e essa evolução histórica carrega grande valor para o entendimento do *overruling* na atualidade.

O principal debate sobre a *Supreme Court* inglesa, recente sucessora da secular *House of Lords*, é em qual extensão deve seguir suas próprias decisões, uma questão que foi repensada no transcorrer de sua história.

A princípio, o entendimento era de que a *House of Lords* tinha o direito de revogar seus próprios precedentes.

No entanto, durante o século XIX esse entendimento foi perdendo força. No final do século, em *London Street Tramways v. London Country Council* (1898), a *House of Lords* firmou o posicionamento de que a certeza jurídica é de tamanha importância que seriam insignificantes os riscos de prejuízos pessoais ocasionados pela obrigação de se seguir o que já havia sido decidido, ainda que o estabelecido fosse injusto.

E de 1898 até 1966 a *House of Lords* se manteve nesse posicionamento de vinculação às suas decisões passadas, com a única ressalva de precedentes firmados em erro, ou seja, somente em situações em que a decisão fora tomada sem considerar os efeitos de outra lei ou outro precedente relevante para a matéria.

Tal postura não se mostrou satisfatória, uma vez que o Direito não podia ser alterado para se adequar às condições e valores sociais, em constante evolução. Tampouco poderiam ser reformuladas decisões que se mostrassem inadequadas ou “equivocadas”, caso não tivessem sido formuladas *per incuriam*. Os precedentes da *House of Lords* considerados como impróprios ou insatisfatórios pela comunidade jurídica só podiam ser alterados pelo Parlamento, através da atividade legislativa¹⁰⁴.

Em 1966 a *House of Lords* se mobilizou para dar fim ao entendimento firmado em 1898 e reabrir a via para mudanças. Através da edição do *Practice Statement* pelo Lorde Chanceler da Grã-Bretanha, a Corte reconheceu que ao menos a última instância do

¹⁰³ *Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1249

¹⁰⁴ *The English legal system* cit., p. 28.

Judiciário deveria ter maior flexibilidade, anunciando por meio do documento a revogação do precedente *London Street Tramways v. London County Council*¹⁰⁵:

*"Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that the rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property and fiscal arrangements have been entered into and also the special need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House"*¹⁰⁶.

Não obstante, a *House of Lords* permaneceu relutante em aplicar o *Practice Statement* por anos, e mesmo em casos em que considerou um antigo precedente errôneo, chegou a abster-se de revogá-lo em nome da segurança jurídica.

Em *Knulier v Director of Public Prosecution (DPP)* (1973), um desses casos, Lorde Reid afirmou que a mudança na prática de não mais considerar os precedentes da Casa como absolutamente vinculantes não significava que as decisões que considerassem equivocadas seriam necessariamente revertidas. No interesse maior que era a certeza jurídica, os Lordes deveriam certificar-se de haver grandes motivos para revogar um precedente¹⁰⁷.

É curioso e interessante apontar que a preocupação da Corte é na certeza do Direito e na segurança jurídica dos cidadãos; e não em preservar precedentes equivocados por evitarem assumir seus erros.

Uma ilustração disso é a decisão do caso *R v Shivpuri* (1986), que revogou o precedente *Anderton v. Ryan* (1985). Um leitor mais atento observará que, apesar da

¹⁰⁵ "It was realized that the final court of appeal (then the House of Lords) should have more flexibility. For today's system of judicial precedent the critical date is 1966, when the Lord Chancellor issued a Practice Statement announcing a change to the rule in *London Street Tramways v London County Council*" (*The English legal system* cit., p. 28).

¹⁰⁶ *The English legal system* cit., p. 29.

¹⁰⁷ "Our change in practice in no longer regarding previous decisions of this House as absolutely binding does not mean that whenever we think a previous precedent was wrong we should reverse it. In the general interest of certainty in the law we must be sure that there is some very good reason before we so act" (*The English legal system* cit., p. 30).

hesitação geral da Corte em revogar seus precedentes, nesse caso isso se deu no prazo de apenas um ano. Ocorre que a decisão de *Anderton v Ryan* havia sido severamente criticada pela doutrina, o que levou Lorde Bridge a afirmar em *R v Shivpuri*:

*"I am undeterred by the consideration that the decision in Anderton v Ryan was so recent. The Practice Statement is an effective abandonment of our pretention to infallibility. If a serious error embodied in a decision of this House has distorted the law, the sooner it is corrected the better"*¹⁰⁸.

A *House of Lords* reconheceu que eventualmente incorre em erros e que o mais importante é corrigir sua postura para realinhar o Direito com o que este deveria ser.

Esse precedente é um marco importantíssimo para o estudo do *overruling* em qualquer sistema: representa um basta do Judiciário inglês ao seu apego em demasiado rigor às suas decisões antigas. Realidade diametralmente oposta é justamente a do Judiciário brasileiro, com correspondente basta ao seu imprudente e total desapego à estabilidade de seus próprios entendimentos que ficou carimbado na declaração do Ministro Humberto Gomes de Barros no já famoso AgRG no REsp 382.736/SC, apelidado carinhosamente pelo professor Alexandre Naoki Nishioka de “acórdão *banana boat*”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ *The English legal system* cit., p. 31.

¹⁰⁹ No AgRG no REsp 382.736/SC o então vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Humberto Gomes de Barros, em voto-vista, ponderou sobre a decisão da Corte em revogar sua Súmula 276, que previa a isenção do pagamento de COFINS para sociedades prestadoras de serviços e havia sido criada há poucos meses. “Mesmo correndo o risco de pecar pelo excesso de longas citações”, a transcrição parcial do voto vale sem sombra de dúvidas o espaço que cada uma de suas frases toma aqui:

“O fundamento da pretensão revocatória da Súmula é o de que o Supremo Tribunal Federal teria declarado que a Lei Complementar 70/91, embora formalmente complementar, substancialmente, seria lei ordinária, suscetível de revogação sem o *quorum* especial, necessário à criação de nova lei complementar. O tema é a âncora – como se está na moda dizer – daqueles que entendem que a nossa Súmula foi infeliz. Colaborei na formação da Súmula. Continuo, *data vênia*, convicto de que agimos acertadamente, ao sumular o tema (...). Outra razão, que adoto como fundamento de voto, finca-se na natureza do Superior Tribunal de Justiça.

Quando digo que não podemos tomar lição, não podemos confessar que a tomamos. Quando chegamos ao Tribunal e assinamos o termo de posse, assumimos, sem nenhuma vaidade, o compromisso de que somos notáveis conhecedores do Direito, que temos notável saber jurídico. Saber jurídico não é conhecer livros escritos por outros. Saber jurídico a que se refere a CF é a sabedoria que a vida nos dá. A sabedoria gerada no estudo e na experiência nos tornou condutores da jurisprudência nacional.

Somos condutores e não podemos vacilar. Assim faz o STF.

Nos últimos tempos, entretanto, temos demonstrado profunda e constante insegurança.

Vejam a situação em que nos encontramos: se pergutarem a algum dos integrantes desta Seção, especializada em Direito Tributário, qual é o termo inicial para a prescrição da ação de repetição de indébito nos casos de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combustível, cada um haverá de dizer que não sabe, apesar de já existirem dezenas, até centenas, de precedentes. Há dez anos que o Tribunal vem afirmando que o prazo é decenal (cinco mais cinco anos). Hoje, ninguém sabe mais.

Dizíamos, até pouco tempo, que cabia mandado de segurança para determinar que o TDA fosse corrigido. De repente, começamos a dizer o contrário. Dizíamos que éramos competentes para julgar a questão da anistia. Repentinamente, dizemos que já não somos competentes e que sentimos muito.

A contribuição para o nosso Direito da trajetória da Corte de Precedentes mais antiga da atualidade é a noção basilar de que, embora um Tribunal possa revogar o que já foi estabelecido no passado, a revogação de um precedente tem enorme significância para o ordenamento e para os jurisdicionados, e deve ser manuseada com cautela.

Embora o *overruling* seja indispensável para a evolução do Direito, principalmente nos Tribunais Superiores, isso não significa que se possa revogar a qualquer soprar do vento. Em qualquer sistema de precedentes sério – e por que um à brasileira não seria? – é necessária a presença de requisitos específicos para mudança ou revogação do que já foi definido pela Corte, e que serve como orientação confiada aos jurisdicionados.

A revogação de um entendimento firmado ao nível de paradigma não pode advir da mera mudança de opinião de um pequeno grupo de julgadores ou da simples alteração da composição da Corte. Mais que o entendimento de um colegiado de juízes, um precedente representa a palavra definitiva (*rule*) do Poder Judiciário sobre determinada questão de direito, e as razões que o autorizam a *overrule* nada tem a ver com as pessoas dos magistrados que ocupam as cadeiras do Tribunal num determinado período¹¹⁰.

No *common law*, a revogação de um precedente representa para o sistema algo muito além da ruptura com o posicionamento anterior. É a reconhecida maneira pela qual

O Superior Tribunal de Justiça existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos. Em matéria tributária, como condutor daqueles que pagam, dos contribuintes (...).

Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás.

Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados”.

¹¹⁰ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 389-401.

o Direito se desenvolve judicialmente. A elaboração de novas regras jurídicas mais adequadas para a atualidade vem em substituição de normas antigas que se mostram, seja por um equívoco em sua concepção, seja pelos efeitos naturais do tempo, inadequadas ou injustas para a continuidade da sua aplicação. Em melhores termos, o precedente antigo é revogado porque se mostra impróprio para a manutenção da coerência e do ordenamento; incongruente com o restante do sistema de que faz parte, de modo a ameaçar sua consistência¹¹¹.

Em apertada síntese das contribuições de Simone Trento, pode-se afirmar que existem duas principais espécies de fatores para se levar em conta na revogação de precedentes¹¹², relacionadas no quadro abaixo.

QUADRO 4: CONSIDERAÇÕES ESPECIAIS PARA O <i>OVERRULING</i>	
A) <i>Substantive reasons</i> (razões de justiça)	
O precedente traz uma norma ou é sustentado por uma doutrina que se mostra socialmente incongruente, fora da realidade tecnológica	O precedente é sistematicamente inconsistente, entra em contradição com o sentido de outras decisões recentes do tribunal
O precedente encontra-se ultrapassado diante da nova concepção social, jurídica ou tecnológica, que implica em tomada de decisão diversa	O precedente foi concebido de modo equivocado, <i>per incuriam</i>
B) <i>Authority reasons</i> (razões de segurança jurídica)	
Confiança que os jurisdicionados depositavam no precedente;	Isonomia jurisdicional;
Consequências que a alteração do precedente traz à administração da justiça e à sua eficiência;	Impacto que a alteração do precedente trará sobre a credibilidade do tribunal.

¹¹¹ M. PORTES, *Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law*.

¹¹² S. TRENTO, *Revogação de precedente constitucional e tutela da confiança*.

O principal meio de verificação da deficiência de um precedente quanto a congruência social ou consistência sistêmica¹¹³ é justamente a doutrina, aliada às manifestações dos Tribunais. A análise acadêmica sobre os precedentes permite dissecar seus elementos e argumentos, e como se encontra o estado de força de sua autoridade atualmente (*binding force*). Isso inclusive influi num fluxo de conhecimento para a comunidade jurídica, especialmente para os advogados em atuação consultiva ou contenciosa. Conforme determinado precedente perde força mediante a crítica doutrinária, igualmente vão sendo eliminados os fundamentos para suposta confiança justificada no precedente ou qualquer advento de uma decisão surpresa que o revogue.

Como se verá adiante, esse é um elemento primordial para o *prospective overruling*, e o princípio constitucional que justifica e norteia a modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes judiciais.

Há outros elementos mais específicos, como as condições iniciais que dão a autoridade do precedente judicial a ser superado (*default binding force*), que constituem outras nuance relevantes a serem consideradas no momento de determinar o *overruling* e os efeitos dele decorrentes. Mas, independentemente deste aprofundamento, os critérios primários apontados acima devem ser sempre analisados, não importa o peso do precedente a ser revogado. Conforme assevera Thomas da Rosa de Bustamante:

¹¹³ "Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.

A Corte deve utilizar proposições morais ancoradas nas aspirações da sociedade como um todo, assim como empregar proposições de conteúdo político que reflitam uma situação como boa para a generalidade da sociedade. Estas proposições, dentro de uma adequada metodologia, devem poder ser vistas como substancialmente fundadas na comunidade, derivar de normas morais ou políticas que têm esta base ou aparecer como se tivessem tal fundamento. Do mesmo modo, as proposições de experiência, assim como as de moralidade e política, devem ter ancoragem social. Porém, ao contrário das duas últimas, não necessitam ter base na generalidade da comunidade. É que as proposições de experiência podem dizer respeito a assuntos técnicos, de interesse e conhecimento de poucos, devendo, assim, encontrar fundamento em outro lugar, como em pareceres ou em opiniões de especialistas.

De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais incongruentes, e quando a Corte, apesar de tratar de situação diversa, decide com base em proposições sociais incompatíveis com as que fundamentaram o precedente" (*Precedentes Obrigatórios* cit., p. 390-391).

“As situações que dão ocasião ao *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função dos fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre a força do precedente judicial. No entanto, a regra-de-ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma, não importam a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada. (...) Todo abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado.

Merecem repúdio, portanto, os afastamentos dissimulados ou implícitos (*non-overt departures*) de um precedente judicial. Nesses casos, o afastamento do precedente acontece, ‘mas não é tratado como tal’ (Summers/Eng). Em quaisquer das várias modalidades desse tipo de procedimento (v.g., quando o tribunal simplesmente ignora o precedente, ou redefine e reformula o *holding* de um julgamento em termos não genuinamente fiéis ao seu sentido original etc.), o tribunal viola uma regra que hoje em dia pode ser tida como universal sobre a argumentação com precedentes judiciais: o dever de levar em consideração o precedente, com fundamento nos princípios da universalizabilidade e da imparcialidade na atividade judiciária.

Além dessa regra, cujo fundamento se encontra no princípio da transparência e nas regras sobre a carga de argumentação que constituem um dos pontos centrais da teoria da argumentação contemporânea (...) há outras mais específicas que variam em função do peso do precedente judicial e podem, na aplicação prática do Direito, constituir importantes diretivas concretas”¹¹⁴.

Enfim, relembra-se o que já foi mencionado no item 1.2 sobre qual o tratamento dado ao *overruling* pela comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. A versão final do novo CPC tratou do tópico especialmente nos artigos 927, §§ 4º e 2º, referendando os Princípios da Segurança Jurídica, da Proteção da Confiança e da Isonomia Jurisdicional, e prevendo a participação social na superação do entendimento¹¹⁵. Conforme asseveram Arenhart, Marinoni e Mitidiero:

¹¹⁴ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 388-389. A teoria normativa de Bustamante se vale de classificação dos precedentes judiciais, pela sua força vinculante, em três escalas: (1) precedentes obrigatórios em sentido forte (*formally binding*); (2) precedentes obrigatórios em sentido frágil (*not formally binding but having a force*); e (3) precedentes meramente persuasivos (*persuasive precedents*). Não obstante, trata-se de diferença restrita ao grau de seu peso, e o próprio autor conclui que “as mesmas considerações de segurança imparcialidade e justiça devem ter lugar e ser devidamente ponderadas, ainda que com pesos diferentes” (*Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 412).

¹¹⁵ Conforme Cassio Scarpinella Bueno: “O § 4º do art. 927, similar ao § 11 do art. 521 do Projeto da Câmara e ao § 1º do art. 882 do Projeto do Senado, condiciona a alteração de modificação de enunciado de súmula, de ‘jurisprudência pacificada’ (há jurisprudência que *não* seja pacificada?) ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos (sempre entendidos aqueles previstos no art. 928) à observância da fundamentação ‘adequada e específica’, que leve em conta ‘os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia’. São os *princípios*, aliás, que querem, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, justificar a adoção, tal qual a que ora se vê no novo CPC, de um sistema de precedentes, ainda que à brasileira e que são, por isso mesmo, referidos em diversos outros dispositivos do novo CPC” (*Novo Código de Processo Civil anotado* cit., p. 573-574).

“Nada obstante todo o exposto, o art. 927 serve para instituir claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo cognoscível, estável e confiável – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes. Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita. Verificado o respeito aos próprios precedentes, é possível exigir o respeito dos outros. E é exatamente por essa razão que logo na sequência o legislador instituiu o chamado *stare decisis* vertical: isto é, a necessidade de que o Poder Judiciário seja visto como uma unidade, isto é, tendo apenas uma única face para a pessoa que espera justiça”¹¹⁶.

Devidamente compreendidos os elementos básicos do sistema de precedentes e, sobretudo, o *overruling*, *locus* da modulação de efeitos em precedentes judiciais, passa-se a ver uma última técnica, que apresenta forte sinergia com o *prospective overruling*.

2.2.6 Signaling

Já departando da primeira parte deste texto, cabe apresentar um mecanismo que, em certa medida, se assemelha à modulação de efeitos das decisões em precedentes.

A chamada técnica da sinalização não consiste propriamente em um *overruling*. Mais especificamente, seu uso não revoga um precedente judicial. Essa prática, criada pela doutrina norte-americana, consiste no reconhecimento de que o conteúdo do precedente aplicável ao caso concreto não levará a um resultado satisfatório. O precedente, embora não esteja sendo revogado no momento por motivos de segurança jurídica, perdeu sua consistência e é alvo de um possível *overruling* em breve¹¹⁷.

Em suma, não é adequado ao julgador realizar o *distinguishing* ante a notória similaridade entre o caso presente e o precedente; entretanto observa que a aplicação de sua racionalidade implica num resultado sistematicamente inconsistente ou socialmente incoerente, *v.g.*, incompatível com os atuais ideais de Direito. No entanto,

¹¹⁶ *Novo curso de processo civil* cit., p. 612.

¹¹⁷ No Brasil, a técnica não foi contemplada expressamente pela redação do novo CPC, mas está implícita no seu art. 927. Consoante o Enunciado 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

para não realizar uma ruptura brusca com a ordem jurídica em um ponto que norteia a conduta dos jurisdicionados ou estratégias processuais, a Corte restringe-se a anunciar que o precedente está em vias de ser revogado¹¹⁸.

Os litigantes recebem tratamento isonômico tal qual deveriam esperar do Poder Judiciário, do qual emanou a orientação seguida pela parte vitoriosa em primeiro lugar, e o resultado final do processo segue em conformidade com a racionalidade do precedente. A orientação em si acerca da questão jurídica não sai ilesa, porém, pois é publicamente dada como encaminhada para uma revogação iminente¹¹⁹.

O principal dilema que daí advém é: por que não se proceder já ao *overruling*?

"Se a sinalização dá ciência aos advogados de que o precedente deverá ser revogado e, assim, não deve mais sustentar o comportamento dos jurisdicionados, o *overruling* anuncia de forma definitiva que ninguém mais deverá depositar confiança no precedente. Neste sentido o *overruling* é mais eficaz que a sinalização. Assim, se o *overruling* não atinge o passado nem o caso sob julgamento, seria possível concluir que ele, além de mais eficaz – por não deixar 'no ar' um precedente que, embora sem força, ainda não foi revogado –, igualmente tutela a justificada confiança, já que não pega de surpresa aqueles que se pautaram no precedente revogado (...).

No entanto, procurando-se um benefício adicional na técnica da sinalização, encontra-se a possibilidade de os efeitos do *overruling* serem modulados de acordo com o impacto da sinalização na realidade social. Melhor explicando: se, considerada a área em que o precedente incide, o impacto da sinalização foi retardado ou esmorecido ou não atingiu determinada faixa de negócios, os efeitos do *overruling* podem ser modulados de forma a não abarcar, de maneira absoluta, todas as situações posteriores à decisão em que se fez a sinalização"¹²⁰.

O ponto interessante no uso da técnica da sinalização é, portanto, a possibilidade de uma combinação entre a sinalização e a posterior ab-rogação com efeitos modulados

¹¹⁸ Conforme Bustamante: "Nos Estados Unidos, assiste-se à utilização de certas técnicas que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*. Por meio delas o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza um adequado *distinguishing*, que permita ver que a solução dada ao caso sob julgamento está em consonância com o resultado a que se chegou no precedente.

Uma destas técnicas é chamada de *technique of signaling*. Nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação" (*Precedentes Obrigatórios* cit., p. 335).

¹¹⁹ Sobre a técnica, acrescentam Arenhart, Mitidiero e Marinoni: "Como forma de incrementar o respeito á segurança jurídica, é importante que a alteração do precedente seja sinalizada (*signaling*) pela Corte responsável pela sua autoridade justamente para indicar aos interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial. Pela sinalização, a Corte não distingue o caso nem revoga o precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa. Essa é uma das maneiras pelas quais se busca evitar a traição da confiança legítima do jurisdicionado nos precedentes judiciais" (*Novo curso de processo civil* cit., p. 616-617).

¹²⁰ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 341-342

para retroagirem apenas até a data da decisão sinalizadora ou, se preferível ao julgador, até uma data mais à frente em que se presuma a absorção pela comunidade jurídica da perda da força daquele precedente e subsequente abandono da orientação pelos jurisdicionados nas transações e comportamentos correlatos¹²¹.

Signaling e *prospective overruling* operam visando a concretização do mesmo princípio e, portanto, não são excludentes, mas suplementares. Portanto, não custa pela importância ressaltar que o *signaling*, embora possua forte sinergia com o *prospective overruling*, não o substitui. Mesmo em países, como a Inglaterra ou a Nova Zelândia, que possuem tal combinação institucionalizada no “*two stage technique*”, a existência do mecanismo não soluciona os problemas da retroatividade que serão abordados na segunda parte desta pesquisa, conforme assevera Wall, da Universidade de Otago (NZ):

“two stage technique’ allows the common law to develop organically whilst avoiding most of the harms of retrospective common law. This is because the court can (at stage one) discredit the prior precedent so as to prevent any justified reliance on the overturned precedent while also (at stage two) overturn the prior precedent and formulate a new rule. It has been argued that this technique achieves the same outcome as prospective overruling, rendering it unnecessary. However, there are two key distinctions between the ‘two stage technique’ and prospective overruling: first, the two stage technique produces less certainty in the law in the intervening period, and second, it also fails to fully avoid instances of retrospective law making.

In terms of certainty, under the two stage technique, the stage one obiter only casts doubt on the prior precedent and only occasionally suggests the direction the law will take. There is no guarantee that the stage two decision will depart from the prior precedent in a manner that is consistent with the prophecy at stage one. Furthermore, the effect of the stage on obiter is to muddy the waters so as to make reliance on the precedent precarious. Hence, the status of the law between the stage one and stage two is uncertain.

In terms of retrospectivity, the key distinction between the two stage technique and prospective overruling is that the former applies the new rule to all proceedings adjudicated in and after the second decision. To that extent, the two stage technique still involves retrospectivity”¹²².

Tendo todas essas considerações de base em mente, passemos agora, enfim, à análise propriamente dita do mecanismo de modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes judiciais: “*it’s about time*”¹²³.

¹²¹ “Assim, torna-se visível que o real problema não está em saber se a sinalização e o *overruling* com efeitos prospectivos podem ser equiparados, mas sim em analisar, diante do caso concreto, quando um é mais adequado que outro. Em outros termos, não é possível comparar tais institutos em abstrato, cabendo verificar a maior idoneidade de um ou outro em face das circunstâncias que rodeiam a área sobre a qual o precedente incide” (*Precedentes Obrigatórios* cit., p. 342).

¹²² *Prospective overruling: it’s about time* cit., p. 38-39.

¹²³ Nos dizeres de J. R. N. Wall e Tychus Findlay.

3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS TEMPORAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Na primeira parte deste texto, situou-se o sistema de precedentes na jurisdição contemporânea, e chegou-se a um significado do que seu aporte representa para a tradição do *civil law*, especialmente no Brasil. Foi feito o contraste de sua metodologia com a jurisprudencial e apresentados alguns de seus elementos mais caros e basilares.

Seguro dizer que, com as bases fixadas nos dois capítulos anteriores, pode-se enfim adentrar numa análise da modulação de efeitos temporais das decisões no sistema de precedentes com mais tecnicidade.

Esta segunda parte abordará em que, exatamente, consiste a modulação de efeitos temporais das decisões que ab-rogam precedentes judiciais ou superam entendimentos firmados, e as diferenças de sua mecânica no sistema de precedentes e no controle concentrado de constitucionalidade. Serão analisados alguns exemplos de suas diversas modalidades de aplicação na busca de melhor ilustrar a categoria e, após, compreender seus possíveis impactos e implicações na atividade jurisdicional brasileira.

Neste terceiro capítulo o dispositivo será apresentado e esmiuçado, deixando para o quarto capítulo a sua problematização e as reflexões sobre seus limites institucionais.

3.1 Introdução: escopo do instituto e sua recepção no Direito brasileiro

Precedentes são decisões judiciais que se voltam para a orientação da comunidade jurídica acerca das questões de direito enfrentadas pelos Tribunais.

Mas, se nenhum precedente é criado sem um atributo de definitividade, pode-se afirmar que esses entendimentos não são eternos, e sim tão suscetíveis ao erro e aos efeitos do tempo quanto as mentes que os criaram.

Observar a história dos ingleses em relação ao *overruling* muito nos ensina sobre a evolução judicial do Direito e, principalmente, sobre o que significa a uma Corte, consciente de seu papel normativo, abandonar suas decisões com responsabilidade¹²⁴.

A ab-rogação de precedentes nos Estados Unidos, no entanto, tem uma característica ainda mais peculiar.

Lembre-se que no *common law* – em especial no americano, e em certa medida no britânico – é comumente aceito que os juízes não apenas interpretam e declaram o

¹²⁴ Ver item 2.2.5.

Direito, mas o criam. A palavra dos Tribunais constitui *law*¹²⁵ – *judge-made law* – e muito embora não possua os mesmos atributos de soberania que os a *Statute Law* e os *Acts of Parliament*, podendo sempre ser revogada por estes, serve aos mesmos propósitos¹²⁶.

Retoma-se aqui o mencionado sobre as correntes declaratória e criativa¹²⁷. A técnica da modulação de efeitos, em precedentes, não é compatível com a teoria declaratória, na medida em que, não sendo reconhecida a criação do Direito pelo precedente revogado, não haveria fundamento para a confiança justificada naquela norma jurídica. De modo diverso, numa perspectiva meramente declaratória, o Direito sempre correspondeu ao descoberto ulteriormente pela Corte, não fazendo sentido falar em retroatividade de uma nova norma jurídica¹²⁸. A teoria declaratória caiu em duras críticas frente ao *Legal Realism*, por sua imensa carga abstrata, sendo, em contraste com a realidade, uma ficção que obstaculiza o desenvolvimento de mecanismos no sistema de precedentes: “um conto de fadas”¹²⁹. Mesmo na Inglaterra a teoria declaratória, mais tradicional, perdeu força no século XX, consoante Lordes Reid e Browne-Wilkinson:

“There was a time when it was thought almost indecent to suggest that judges make law – they only declare it. Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin’s cave is hidden the common law in all its splendor, and that on a judge’s appointment there descends on him knowledge of the magic words ‘open sesame’. Bad decisions are given when judges muddle their passwords and the wrong doors open. But we do not believe in fairy tales any more”.

¹²⁵ Resguardando-se o sentido latíssimo que o termo adquire na sua tradução, é reforço da diferença entre os precedentes e as súmulas vinculantes em hierarquia, segundo Abboud em Hart: “cumpre mencionar a distinção hierárquica existente entre súmula vinculante, que tem pretensa colocação superior à própria lei e o precedente, que fica subordinado à legislação. De acordo com Hart, ‘No nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar (*statute*)’” (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 371-372).

¹²⁶ “*The appellate judge makes law every time he decides to remake it as nearly as possible as it has been made before. He makes it when he fills in the chinks of statutes or when he elaborates their meaning. He makes it when he discards a common-law rule on the requirement of privity or the nonliability of charitable hospitals. He makes it when he crystallizes some public policy. He makes it when he selectively amasses the facts with one emphasis rather than another. Judges may be conservative, modest, and self-effacing, but the substantive law never got secreted from the interstices of procedure (in Maitland’s happy phrase) without their aid*”. (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 3).

¹²⁷ Vide itens 1.1 e 1.3.

¹²⁸ *Prospective Overruling – it’s about time* cit., p. 19.

¹²⁹ “*No sophisticated legal scholar today would fail to agree that ‘the fiction of mere law-finding by courts is being relegated to the shelf of forgotten things by both judges and jurists’ and that the ‘creative nature of such judicial activity has become a commonplace’*” (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 4).

“the theoretical position has been that judges do not make the law; they discover and declare the law which is throughout the same. According to this theory, when an earlier decision is overruled the law is not changed; its true nature is disclosed, having existed in that form all along. This theoretical position is... a fairy tale in which no one believes... But while the underlying myth has been rejected, its progeny – the retrospective effect of change made by judicial decision – remains”¹³⁰.

Daí poder-se falar, com convicção, que, mesmo no *civil law* – mesmo em precedentes interpretativos – o julgador é agente criador do Direito. O reconhecimento de sua função “*quasi-legislativa*” é primordial para desenvolver academicamente os limites de tais poderes que, como a implacável prática reforça ao jurisdicionado, o julgador possui na jurisdição contemporânea¹³¹. Nas palavras de Bustamante, “a ‘criação judicial do Direito’ estará presente praticamente em todos os sistemas jurídicos. É falaciosa, portanto, a teoria declaratória em seu sentido tradicional”¹³².

Isso fica mais evidente em um relance à esfera penal. Existem crimes previstos em Atos do Parlamento, *statutory law*, e existem crimes não estatutários, *judge-made law*. O Judiciário inglês pode criar novos delitos ou ampliar antigos no exercício da jurisdição, se a situação o exigir¹³³, e condenar um acusado por seus atos, ainda que não fossem penalmente típicos até então.

¹³⁰ *Prospective overruling – it’s about time* cit., p. 19-20.

¹³¹ Beryl Harold Levy, sobre a relação entre o *prospective overruling* e o reconhecimento da *quasi-legislative function* dos juízes, analisa que “*The acceptance of the one would facilitate the adoption of the other and vice versa*” (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 2).

¹³² “Portanto, é de se reconhecer certa razão aos positivistas quando estes resistem à teoria declaratória da decisão judicial. Na atividade prática de aplicação judicial do Direito, em qualquer sistema jurídico, sempre haverá espaço para uma esfera de criatividade judicial. Nesse sentido, Victoria Iturralde Sesma enumera cinco sentidos em que a locução ‘os juízes criam Direito’ pode ser encontrada. São eles: (1) criação em sentido *formal* – quando se considera uma decisão judicial como uma ‘ordem’, ‘cada decisão é um ato normativo, tal como uma nova lei’; (2) criação em sentido *material* no caso concreto por meio da *especificação de regras jurídicas preexistentes* – nesse sentido, parte-se da premissa kelseniana de que ‘o processo de produção do Direito é ao mesmo tempo aplicativo e criativo’. O juiz, ao aplicar regras gerais, cria normas mais concretas; (3) criação em sentido material de *uma regra particular* no caso concreto devido à *não-existência de regras preestabelecidas* – nesse sentido, o juiz reconhece uma lacuna jurídica e cria uma nova regra por analogia para o fim de solucionar o caso concreto; (4) criação em sentido material de *regras gerais* – aqui, o juiz cria regras gerais que têm um valor de precedente para casos futuros, tendo em vista uma exigência normativa do próprio sistema jurídico (como acontece, por exemplo, em decisões interpretativas de uma corte constitucional); e (5) *expulsão de regras jurídicas do sistema jurídico* – como acontece em decisões em que o Judiciário atua como ‘legislador negativo’ e declara a invalidade – v.g., por inconstitucionalidade – de uma regra jurídica qualquer”. (*Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 266-267).

¹³³ Vide Quadro 4.

Clássico exemplo é o caso *R v R* de 1991, julgado pela *House of Lords*. Nessa ocasião, *R* era acusado de ter cometido o crime de estupro. A controvérsia residia no fato de a vítima e o acusado serem casados, e a relação, ainda que não consentida, mas perpetuada na constância do matrimônio, não era considerada penalmente típica. A própria *House of Lords* havia sustentado tal entendimento até então.

Não obstante, a Casa decidiu pelo *overruling* e condenou *R*, assentando pela primeira vez a possibilidade e tipicidade do delito entre cônjuges¹³⁴.

Talvez o principal argumento que se possa levantar em defesa do acusado no caso *R v R* seja o de que não havia como *R* saber que seu ato era – penalmente – sancionável, já que ninguém nunca havia sido repreendido criminalmente pela conduta. Para a *House of Lords* isso claramente não obstaculizou a decisão: se a Corte decidiu alterar o Direito, então essa mudança irá afetar o caso sob julgamento (*instant case*)¹³⁵.

Jeremy Bentham se refere a tal característica pela metáfora da “lei do cão” (*dog’s law*), no sentido de que o pobre animal só descobre a reprovabilidade de uma determinada conduta quando for punido. Afirmar que os juízes fazem leis para nós da mesma forma que um homem faz leis para seus cães¹³⁶.

¹³⁴ “It may be taken that the proposition was generally regarded as an accurate statement of the common law of England. The common law is, however, capable of evolving in the light of changing social, economic and cultural developments. Hale’s proposition reflected the state of affairs in these respects at the time it was enunciated. Since then the status of women, and particularly of married women, has changed out of all recognition in various ways which are very familiar and upon which it is unnecessary to go into detail. Apart from property matters and the availability of matrimonial remedies, one of the most important changes is that marriage is in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be the subservient chattel of the husband. Hale’s proposition involves that by marriage a wife gives her irrevocable consent to sexual intercourse with her husband under all circumstances and irrespective of the state of her health or how she happens to be feeling at the time. In modern times any reasonable person must regard that conception as quite unacceptable” (Lorde Keith, *R v R* [1991] UKHL 12).

¹³⁵ “The other difference is that in America the concept of prospective overruling is used. This means that the law is not changed in the case being decided by the court, but it is changed for the future. In England, the judges cannot do this; if their decision changes the law then it is changed in the actual case. This has been described as ‘dog’s law’; that is you do not know you have done wrong until the court changes the law in your case, in just the way that a dog does not know it has done wrong until you punish him. This is what happened in the case of *R v R* (1991) when it was decided that rape within marriage could be a crime. Until that case, previous decisions had held that this was not a crime. This can be viewed as unfair to the parties in a case. The American use of prospective overruling is preferable in such cases” (*The English legal system* cit., p. 40).

¹³⁶ “It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes law for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then (discipline) him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way judges make laws for you and me” (Jeremy, Bentham, *Truth versus Ashhurst* (1823))” (*Prospective Overruling – it’s about time* cit.).

Embora não estejamos habituados a essa analogia, principalmente porque no *civil law* nós evitamos por séculos reconhecer o papel criativo dos juízes¹³⁷, pode-se dizer que seguimos a exata mesma regra.

Um dos motivos pelos quais a jurisprudência errática dos nossos Tribunais tem resultado em insegurança jurídica é porque é difícil se certificar se determinada conduta é ou não juridicamente reprovável, e caso decida-se que o é no seu caso, a parte receberá da tutela jurisdicional uma condenação surpresa (*unfair surprise*)¹³⁸.

Alguns países como os Estados Unidos, no entanto, têm adotado posturas diferentes em relação a questão nas últimas décadas, e é justamente nessa contraposição que temos o chamado *prospective overruling*.

A consideração acerca dos efeitos do novo precedente no tempo é de tamanha relevância para a individualidade dos casos que, v.g., recentemente a Corte de Michigan vem consolidando um sistema híbrido de revogação de precedentes, denominado *prospective-retroactive*, ou P-R. A regra passou a ser não mais a retroatividade, que vem sido aplicada apenas em casos que a demandem, mas a prospecção. É um sistema mais voltado para preservar a estabilidade e a observância ao ordenamento, bem como a confiança dos jurisdicionados nos magistrados e nos advogados, elevando a importância do sistema de precedentes. Ao analisar caso a caso os efeitos das modificações de entendimento, a corte insere no *overruling* um atributo de individualidade¹³⁹.

¹³⁷ Vide item 1.1. Retomando as considerações de Georges Abboud: “Foi um erro do positivismo considerar a decisão judicial como uma subsunção estritamente lógica, como se o suporte fático a ser juridicizado pudesse ser mecanicamente acoplado à lei no deslinde dos casos. Esse equívoco é proveniente de uma acepção semântica do conceito de norma, diante do qual não existe distinção entre texto normativo e norma, a qual possui existência abstrata e anterior à conflituosidade (oposicionalidade)” (*Jurisdição Constitucional*, p. 72).

¹³⁸ Não por outro motivo o novo Código de Processo Civil ao tratar dos precedentes judiciais no § 1º do art. 927, faz remissão expressa ao art. 10, que veda “decisões surpresa”. Conforme assevera Mitidiero: “A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (*unfair surprise*) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes. Nessa linha, o ideal é que a superação do precedente seja sinalizada (*signaling*) pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para indicar à sociedade civil a possibilidade de mudança de orientação” (*Precedentes: da persuasão à vinculação* cit. p. 140).

¹³⁹ *Instrumentos para a revogação de precedentes no sistema de common law* cit., p. 207.

A técnica do *prospective overruling* já é usada desde o começo do século XX¹⁴⁰, com correspondência em diversos outros ordenamentos de *civil* e *common law*¹⁴¹, mas só começou a ser melhor discutida pela doutrina brasileira nos últimos anos, em conjunto com a difusão na Academia dos estudos sobre precedentes judiciais¹⁴².

O mecanismo foi criado para lidar essencialmente com o problema da retroatividade do Direito criado pelos Tribunais¹⁴³. Enquanto a norma individual, criada para regular o caso concreto, se volta para a lide e para o passado, o que os *common lawyers* denominam *adjudicative function*, a norma jurídica criada pelo juiz em sua fundamentação, consubstanciada na *ratio decidendi* do precedente judicial, possui olhos para o futuro¹⁴⁴: uma *judicial lawmaking function*. Não por outra razão o mecanismo é por vezes melhor aludido como uma técnica de criação judicial do Direito não-retroativa¹⁴⁵.

Somente sob a ótica de que o juiz exerce função *quasi*-legislativa é que é possível estudar a retroatividade do precedente e desenvolver mecanismos para limitá-la quando apropriado, tal qual a vacância de uma lei¹⁴⁶. A modulação de efeitos de precedentes

¹⁴⁰ Na realidade, como asseveram Antonio de Pádua Soubhie Nogueira e Thomas da Rosa de Bustamante, o dispositivo já foi utilizado na jurisprudência das *rotae* itaianas nos Séculos XVI a XVIII, mas foi abandonada posteriormente por influência das teorias jurídicas francesas (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 28; *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 414)

¹⁴¹ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 415-443.

¹⁴² Para a compreensão do porquê não reportar-se aqui aos diversos estudos sobre a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade, vide item 4.2.

¹⁴³ “Apesar de hoje a técnica do *prospective overruling* ser uma prática considerada ‘inovadora’ fora dos Estados Unidos, os problemas gerados pela retroatividade das decisões derogatórias de precedentes judiciais tendem a se repetir em praticamente todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Quanto mais peso seja atribuído ao precedente judicial na argumentação jurídica, e quanto maior seu reconhecimento como fonte do Direito, com mais intensidade se manifesta a necessidade de implementar mecanismos de modulação de efeitos das decisões judiciais. Seguindo o exemplo norte-americano, em muitos ordenamentos jurídicos hoje se fala na possibilidade e na conveniência de dotar os tribunais superiores de instrumentos para mitigação temporal dos efeitos das decisões ab-rogatórias de precedentes judiciais como uma solução de compromisso entre os valores do ‘progresso do Direito’ e da proteção da segurança jurídica”. (*Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 415).

¹⁴⁴ Conforme Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “Portanto, pode-se afirmar que dos precedentes dos Tribunais Superiores, geralmente, derivam uma *norma jurídica* geral e *irretroativa*, que deve repercutir sobre o julgamento de inúmeros outros casos e, uma *norma individual*, concreta e retroativa, já que deve regular os atos e fatos do caso em questão” (*Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes* cit., p. 377).

¹⁴⁵ Ver item 3.2. Adiantando, “a doutrina estrangeira adverte que o ‘*non-retroactive judicial law making*’ seria uma expressão mais acurada para definir a teoria que alberga a possibilidade de mitigação de efeitos decisórios no sistema da *common law*” (*Modulação de efeitos das decisões no processo civil*, p. 70-71).

¹⁴⁶ “Regardless of the particular touchstone that judges adopt to give content to their notion of ‘justice’ or ‘fairness’, if judges are to depart from legal materials and engage in political and moral judgment, they need a method or framework in order to make judicial decisions. Under this general conception of judgment – Legal Realism – a judge performs a slight legislative function by shaping the law in accordance with a particular philosophical touchstone. When a court is overturning a prior precedent, the court is changing the

judiciais (*prospective overruling*) é, portanto, uma “técnica deliberada e consciente de criação judicial do Direito”¹⁴⁷. Levy ironiza a questão hermenêutica:

*“If retroactivity becomes only a matter of purposiveness on the part of the judge – in any given case he either will or will not give his decision retroactive effect – you have acknowledged the basic autonomy of the judge’s mind; and whether you call him a judicial legislator becomes only a matter of semantics”*¹⁴⁸.

Thomas da Rosa Bustamante, sobre o tópico, arremata:

“O *prospective overruling* será tanto mais bem justificado quanto mais seja preponderante o elemento ‘facticidade’ ou ‘autoridade no discurso jurídico’. Quanto mais acentuada for a força normativa do *case law*, mais razões haverá para a limitação temporal da eficácia do novo Direito jurisprudencial.

Embora os tribunais, ao aplicar o Direito, devam enviar todos os esforços para encontrar uma resposta correta para suas decisões, tratando sua atividade como, em parte significativa, um processo de reconstrução a partir do uso praticamente orientado da razão, eles não podem perder de vista que, de fato, muitas vezes sua atividade assemelha-se a uma atividade legislativa. O fato de o Direito ter um caráter ideal não deve nos levar a fechar os olhos para o Direito real que emerge das decisões judiciais.

A primeira regra para se aplicar o *prospective overruling* deve ser, portanto, a da sinceridade. Em qualquer caso, os tribunais ‘não devem simplesmente negar o caráter normativo e constitutivo dos regramentos que eles estabelecem, os quais podem assumir dimensões significativas quando precedentes vinculantes ingressam no ordenamento jurídico. O *overruling* de um precedente vinculante não deve ser tratado como um fato simples e insignificante, pois contradiz expectativas normativas fundadas e legítimas’.

Por isso, em certos casos não é absurdo sustentar que em sistemas jurídicos de Direito escrito (*civil law*) a superação (*overruling*) de um precedente estável e vinculante (ou mesmo de um precedente ‘quase-vinculante’ estabelecido em termos gerais pelas cortes mais altas) pode ser vislumbrada como equivalente ao estabelecimento de um novo enunciado legislativo, pois os efeitos de ambos são bastante semelhantes na prática. Parece um tanto quanto incoerente sustentar que toda nova legislação necessariamente tem efeitos prospectivos e, ao mesmo tempo, que o novo Direito judicial, com efeitos vinculante (ou ‘quase-vinculante’) e *erga omnes*, somente terá efeitos retrospectivos”¹⁴⁹.

Dados os termos introdutórios à modulação de efeitos temporais nos sistemas de precedentes, resta comentar acerca da recepção da técnica no Direito brasileiro.

3.1.1. Modulação de efeitos temporais no CPC/2015: art. 927, § 3º

law in order to achieve ‘justice’. The adjudicative function of the judiciary means that new statement of law is then applied as if it had always been the law. Therefore, if we view the function of judicial decision making through a Legal Realist lens, we can perceive the retrospective effects of a court overturning a prior precedent”. (*Prospective overruling – it’s about time* cit., p. 21).

¹⁴⁷ “*prospective overruling as a deliberate and conscious technique of judicial lawmaking*” (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 6).

¹⁴⁸ *Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 18.

¹⁴⁹ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 462-463.

O mecanismo se aproximou dos portos de nosso ordenamento jurídico com os projetos de novo Código de Processo Civil.

Antes da vigência do CPC/2015, no entanto, o instituto já havia sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰, tendo encontrado na modulação de efeitos do controle de constitucionalidade uma porta de entrada¹⁵¹. Não obstante, não foi bem recebida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵². Tal fato pode ter conturbado, em parte, a recepção do mecanismo, percebida na redação final do Código e na confusão difundida na doutrina.

No projeto da Câmara já se possuía parágrafo próprio, sendo previsto no art. 521, § 10: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos”.

Na redação final do CPC/2015 o mecanismo foi acomodado com redação menos técnica que a predecessora, agora no § 3º do artigo 927, aproximando seu enunciado do da modulação de efeitos já existente no controle concentrado de constitucionalidade:

Art. 927. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

O texto normativo compartilha a redação dos critérios de adoção dispostos no art. 27 da Lei 9.868/1999, e compatibiliza-se com o restante do sistema de precedentes à brasileira do novo Código, fazendo expressa referência aos Tribunais superiores.

Do contexto delineado nos capítulos anteriores ao sistema de precedentes judiciais do novo Código de Processo Civil, percebe-se que, não obstante a redação final do dispositivo, os critérios de “interesse social” e “segurança jurídica” aqui possuem significado distinto do contexto da Lei 9.868/1999. As diferenças entre as modulações

¹⁵⁰ Medina menciona que no STJ a modulação sempre foi rejeitada, mas o STF já chegou a admitir a hipótese no Código Buzaid, em 2007 (ver voto do Min. Celso de Mello no MS 26.603). “Mais recentemente, porém, o STF não vem admitindo a modulação de efeitos de alteração de entendimento jurisprudencial”, mas “A polêmica resta superada, à luz do CPC/2015, que textualmente admite, em seu art. 927, § 3º, a modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial (*Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1253-1254).

¹⁵¹ *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 448.

¹⁵² A proposta de modulação de efeitos, na exata acepção ora abordada pelo novo CPC, foi rechaçada no Superior Tribunal de Justiça em relevante discussão que se deu entre os Ministros Teori Zavaski e Hermann Benjamin nos Ediv no Resp 738.689/PR, em 2007. O tema será retomado no Capítulo 4.

serão melhor trabalhadas no Capítulo 4, mas adianta-se que, no contexto processual civil, segurança jurídica retoma as acepções de estabilidade e previsibilidade, na específica finalidade de garantir, respectivamente, a coesão sistêmica ao Direito e a proteção à confiança legítima dos jurisdicionados.

Nesse sentido, Arenhart, Marinoni e Mitidiero afirmam que, diferentemente do controle concentrado de constitucionalidade, “o interesse social aqui só pode ser compreendido como o interesse de se manter o respeito ao princípio da igualdade sincrônica e diacronicamente”¹⁵³.

Os critérios próprios da modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes serão retomados com maiores detalhes no item subsequente¹⁵⁴.

No tocante à recepção do dispositivo e sua redação no ordenamento brasileiro, poucas páginas têm sido dedicadas pela doutrina, até o momento voltada à tarefa prioritária de analisar o sistema de precedentes como um todo. Nos comentários existentes, há pouco harmonia no enfoque das análises.

Atualmente, parcela da doutrina, como Cassio Scarpinella Bueno, não vê muita diferença entre a modulação de efeitos no sistema de precedentes do processo civil e no controle concentrado de constitucionalidade operado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁵.

Já para autores como Medina, assim como Marinoni visto acima¹⁵⁶, o juiz não cria o Direito, mas apenas declara o preexistente, muito embora acrescente à sua aceção declaratória elementos que mais se identificam com a noção da criação judicial:

“Essa classificação não nos agrada, porque, segundo pensamos, o juiz não ‘cria’ o direito. Mesmo quando decide a partir de princípios, ou resolve questões à luz de textos legais que contenham expressões vagas, não está autorizado o juiz a julgar ‘a partir do nada’, como se legislador fosse. Deve o juiz encontrar a solução no sistema jurídico, proferindo decisão harmônica com o que se produziu na história e com o que se tem produzido na comunidade jurídica. Dito de outro modo, não se admite que o juiz insira algo ‘estranho’ ao ambiente jurídico. A novidade do ‘precedente criativo’ somente pode ser admitida no sentido de esclarecer algo, ou se descobrir um princípio que, por assim dizer, encontrava-se adormecido. Mas mesmo aí não se cria. Por outro lado, o precedente ‘declaratório’ não apenas ‘declara’. Ora, nenhum juiz, ao decidir, age como

¹⁵³ *Novo curso de processo civil* cit., p. 617.

¹⁵⁴ Ver item 3.2.

¹⁵⁵ “A modulação, tal qual a prevista pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99, para as ‘ações diretas de inconstitucionalidade’ e ‘ações declaratórias de constitucionalidade’, pressupõe a ocorrência de interesse social e a busca de segurança jurídica, não por acaso mencionados expressamente no dispositivo do novo CPC” (*Novo Código de Processo Civil anotado* cit., p. 573)

¹⁵⁶ Vide item 1.1.

autômato, como se, com uma película transparente, permitisse entrever, da leitura de sua decisão, o texto de uma lei. Os textos não são apenas lidos pelo juiz e aplicados, mas são lidos, entendidos, interpretados em si mesmos, interpretados à luz da Constituição, interpretados à luz de outros artigos de lei e de princípios jurídicos, e, então, aplicados a uma problemática concreta. A expressão 'precedente declaratório' pode induzir ao engano de que o juiz não participa da criação da solução jurídica, mas que apenas 'comunica' a solução que já se encontraria 'pronta'"¹⁵⁷.

Outros, ainda, como Nery¹⁵⁸, em consonância com o Enunciado 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁵⁹, pecam em oposto extremo ao afirmar que a prospecção em casos de *overruling* é obrigatória, em dissonância com a excepcionalidade do mecanismo assentada categoricamente mundo afora¹⁶⁰.

Outra parcela se limita a mencionar a existência do mecanismo¹⁶¹, ou sequer chega a citá-lo¹⁶².

Não obstante, a doutrina em geral tem recepcionado bem a modulação de efeitos no âmbito infraconstitucional, o que há anos vinha tido aplicação teleológica defendida por segmentos da academia mais envolvidos com o estudo dos precedentes judiciais¹⁶³. Demonstrativo de que, dada a devida maturação do novo Código de Processo Civil, certamente o dispositivo verá uso nos nossos Tribunais.

Tratando-se de técnica simples e pragmática, mas sofisticada, o *prospective overruling* exige a madura compreensão da funcionalidade do sistema de precedentes

¹⁵⁷ *Novo Código de Processo Civil comentado cit.*, p. 1254-1255.

¹⁵⁸ "Não obstante a regra geral de retroeficácia de inconstitucionalidade de lei, existe a possibilidade de o tribunal declarar efeitos apenas para o futuro. No caso de modificação de jurisprudência sedimentada, a eficácia *ex nunc* é obrigatória, em razão da boa-fé objetiva e da segurança jurídica. Tendo em vista os princípios em que se baseia o direito brasileiro, o *overruling* sempre demandará modulação dos efeitos, não sendo tal modulação facultativa, como o texto comentado parece fazer crer" (*Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, p. 1843).

¹⁵⁹ Enunciado 55/FPPC: "Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto".

¹⁶⁰ A literatura estrangeira no ponto não deixa dúvidas, conforme o Direito comparado: "O *prospective overruling*, no entanto, deve ser reservado para casos excepcionais, como, aliás, é consenso em todos os ordenamentos jurídicos em que a técnica é aplicada" (*Teoria do Precedente Judicial cit.*, p. 458).

¹⁶¹ Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier dedica pouco parágrafos apenas para citar a modulação, embora aponte existirem diversas modulações possíveis além da temporal (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes*, p. 489).

¹⁶² Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1. e THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*.

¹⁶³ *V.g. Precedentes Obrigatórios cit.* e, conforme Nogueira, Roque Antonio Carrazza, Miguel Reale e Misabel Abreu Machado Derzi (*Modulação dos efeitos da decisão no processo civil cit.* p. 107).

judiciais, e a superação hermenêutica da teoria declaratória, para que se reconheça e trabalhe a o fenômeno da criação judicial do Direito e suas técnicas, em prol da tutela da confiança legítima e justificada dos jurisdicionados. Tempo e prudência, por parte da doutrina e dos Tribunais, serão necessários nesse momento de maturação do novo Código, em vigor há poucos meses, e certamente o mecanismo encontrará, no devido momento, acerto em nossa processualística.

Medina afirma, acertadamente:

“Razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança. Em situações excepcionais, quando presente interesse público em que se protejam situações jurídicas consolidadas, deve ser possível a modulação dos efeitos de alteração jurisprudencial, para se aplicar a nova orientação firmada apenas a casos futuros (*prospective overruling*). Escrevemos, ainda, em outro estudo, que ‘nas hipóteses de *overruling*, além da necessidade de declinar razões que justifiquem a revogação dos precedentes, é necessário que os tribunais analisem se seria adequado que suas decisões tivessem efeitos imediatos.

Tal regra ajusta-se ao princípio estabelecido no art. 5º, XXXVI, da CF/1988. Como sustentamos em comentário ao referido dispositivo constitucional, ‘ao princípio previsto no art. 5º. XXXVI, deve ser dada a devida amplitude, para considerar protegida não apenas situação consolidada à luz de texto legal antigo revogado, mas, também, a luz de sentido normativo antes consolidado na jurisprudência, mas, posteriormente, abandonado”¹⁶⁴.

Deixando as críticas de lado, esse certamente é um momento importante para a jurisdição brasileira e inevitavelmente trará mudanças na nossa postura em relação a maneira como lidamos com novas normas jurídicas construídas pelos Tribunais e a incidência de princípios como a Isonomia Jurisdicional, a Coerência Sistêmica do Direito, a Tutela da Legítima Confiança do Jurisdicionado e a Irretroatividade do Direito¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Novo Código de Processo Civil comentado cit., p. 1251.

¹⁶⁵ Nota-se que o Código deixou para o Regimento Interno dos Tribunais os aspectos procedimentais da modulação de efeitos, e a doutrina tampouco os vem trabalhando. Nem neste estudo há espaço para tanto, mas vale menção à tese de Antonio de Pádua Soubhie Nogueira, que postula – acertadamente ao que parece – que a modulação, embora excepcional, deve ser analisada pelo Tribunal de ofício nos casos cabíveis, sujeita a omissão do Tribunal a embargos declaratórios, “seja porque não fora antes provocado ou mesmo porque não examinou o tema oficiosamente”. Quanto ao quórum e competência, se não fixados no RI do STJ, desnecessário o quórum qualificado e competente o órgão que apreciar o mérito, “porque quem decide o direito está autorizado a, com muito mais aptidão, dizer *a partir de quando e como* essa regra interpretada poderá ser aplicada” (*Modulação dos efeitos da decisão no processo civil* cit., p. 54-55 e 137).

3.2 A técnica do *prospective overruling* ou *sunbursting*

É comum que os Tribunais realizem mudanças abruptas na maneira que interpretam as leis e as normas constitucionais. Isso é decorrência natural da pressão social que induz essas mudanças, comumente referenciada como a necessidade do Direito de acompanhar os novos tempos e responder aos clamores sociais emergentes.

Trata-se de contraponto à afirmativa trabalhada até agora de que a estabilidade do Direito é importante para a sociedade, conceito refletido na doutrina do *stare decisis* e nos princípios que inspiraram o novo Código e seu sistema de precedentes judiciais¹⁶⁶.

Escreve-se, portanto, sobre a técnica chamada de *prospective overruling*, que facilita a mudança do Direito por meio da limitação da agressão à estabilidade que seria ocasionada pela alteração contida num pronunciamento judicial:

“This is ‘prospective overruling’, i.e., the overruling of a well-established precedent limited to future situations, and excluding application to situations which have arisen before the decision and are therefore presumed to be governed by reliance on the overruled principle¹⁶⁷”.

Em suma, trata-se de um dispositivo em que o Tribunal limita o efeito da norma contida no seu novo precedente apenas para transações futuras, ou para transações futuras mais o caso sob julgamento, o que apresenta uma oportunidade para o anúncio da mudança, tal qual a técnica legislativa da *vacatio legis*.

Friedmann reforça a ressalva sobre a sua natureza hermenêutica e jusfilosófica:

“It implies a clear admission that courts do make new law, and the very posing of the question whether the new rule should be applied retrospectively or only prospectively indicates awareness of its legislative aspects. In the legislative process the problem of retroactivity is, of course, a familiar one, and it is generally, at least in criminal statutes, held to be incompatible with the principles of a democratic system of government¹⁶⁸”.

¹⁶⁶ Vide item 1.2.

¹⁶⁷ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 602. O autor aponta, ainda, que a Constituição americana nem proíbe nem requer efeitos retroativos, ao que se pode afirmar correspondência em nossa Ordem Constitucional (ressalvado o inciso XL do art. 5º para a lei penal), ou contraste, numa leitura ampliada do inciso XXXVI do mesmo artigo.

¹⁶⁸ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 602.

Salienta-se que, embora o mecanismo seja denominado prospectivo no *common law*, sua principal característica consiste na negação ou na limitação à aplicação retroativa do novo entendimento firmado na decisão judicial, razão pela qual mais acertada a nomenclatura técnica nacional “modulação de efeitos”¹⁶⁹, mais abrangente.

O que mais nos importa é que o uso desse mecanismo torna a evolução do ordenamento jurídico mais amena, e propicia aos Tribunais a possibilidade de rever e modificar seus posicionamentos com maior tranquilidade, caso considere que uma nova regra se mostra como alternativa mais adequada dali em diante¹⁷⁰.

A técnica é atribuída à George F. Canfield, por ter pela primeira vez se referido a ela de modo explícito em 1917, seguido de Robert Hill Freeman em 1918 e John Henry Wigmore em 1921¹⁷¹. Ganhou espaço na Academia no mesmo ano, com a publicação de *The Nature of the Judicial Process* de Mr. Justice Cardozo. Com o amadurecimento do dispositivo na doutrina americana, Cardozo palestrou em 1932 no *New York State Bar Association*, explanando a técnica do *prospective overruling* e defendendo até mesmo seu reforço por emenda constitucional. A técnica foi aclamada pelo *Yale Law Journal*, pela *North Carolina Law Review* (que se referiu ao *prospective overruling* como o “*coup de grâce to antiquated dogma and useless fiction*”), pelo *Minnesota Law Review*, pela *Illinois Law Review*, pela *New York University Law Quarterly Review* e, em revisão à anterior publicação contrária, pela *Harvard Law Review* em 1947. A ascensão da técnica na doutrina e, subsequentemente, nos Tribunais americanos, levou a um maior senso de

¹⁶⁹ “A esse propósito, deve-se esclarecer que a técnica consubstanciada no “*prospective overruling*” não se restringe às situações típicas de virada de jurisprudência, mas servem igualmente à modulação das decisões que *criam uma nova regra* (*first impression cases*), que até então não estava consolidada em um claro precedente judicial. Esta a razão pela qual a doutrina estrangeira adverte que o “*non-retroactive judicial law making*” seria uma expressão mais acurada para definir a teoria que alberga a possibilidade de mitigação de efeitos decisórios no sistema da *common law*. Em suma, a faculdade de as Cortes de Apelação aplicarem seus precedentes prospectivamente não se resume àquelas hipóteses de *revisão* de jurisprudência, mas vai além e permite que determinadas sentenças possam ser concebidas para irradiar seus efeitos *pro-futuro*” (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 70-71).

¹⁷⁰ T. E. FAIRCHILD, *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: “Prospective Overruling” or Sunbursting*, p. 254.

¹⁷¹ Wigmore argumentou à época: “*we should adhere to prior decisions in so far, but only so far, as the security of property and the faith of contracts have been rested upon them. The courts, he argued, should not have any more difficulty than the legislature in making a distinction between forward and backward application. The legislature will say that ‘this act shall take effect from January first, and shall not be applicable to any contract made or cause of action accrued prior to that date’ [vacatio legis], and the courts, he urged, should experiment with applying the doctrine of stare decisis in the same way*” (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 10).

responsabilidade da magistratura em relação aos precedentes: “*There has been a greater tendency on the part of judges to assume overt responsibility for the changes they make. ‘The potter, and not the pot, is responsible for the shape of the pot’*”¹⁷².

O *prospective overruling* é por vezes referido como *sunbursting*, um termo que se popularizou na cultura jurídica americana por mero acaso. Em tradução livre, podemos ilustrar o termo num raio crepuscular, um raio-de-sol que rompe dentre as nuvens. Certamente uma nomenclatura um tanto quanto exótica ao habitual do vocabulário técnico-jurídico. Conforme Thomas Fairchild explica¹⁷³, caso imaginemos a nova norma jurídica pronunciada pelo Tribunal como a aurora de um novo dia, *sunbursting* até possui uma conotação apropriada. No entanto, a origem do termo é bem menos poética.

Sunburst surge no cenário jurídico americano através de um litígio levado à Suprema Corte americana em 1932 pela petrolífera *Sunburst Oil & Refining Company*.

No caso *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, litigava-se pela devolução de determinados valores provenientes de cobranças excessivas no transporte de petróleo, embasada a devolução num precedente de 1921 da Suprema Corte de Montana. Quando o caso chegou à Suprema Corte, reconheceu-se que o precedente deveria ser revogado. No entanto, em face à negócio dever ser pautado em confiança ao precedente judicial, decidiu-se que essa mudança súbita de entendimento deveria se restringir a contratos futuros, e o valor excessivo foi então mantido pela autora. “*Thus the respondent, who had relied on the earlier interpretation, won the appeal, but the earlier interpretation which was the basis of the victory in the adjudication was simultaneously marked for extinction*”¹⁷⁴.

Trata-se da prospecção de efeitos em sua modalidade mais pura: a nova regra é destinada ao futuro, enquanto a aplicação da regra antiga é preservada no caso sob julgamento, uma vez que os atos em discussão haviam sido realizados sob a luz do entendimento que se decidiu superar¹⁷⁵.

¹⁷² “*If we now meet the challenge of judge-made law more directly, we shall not only utilize prospective overruling more readily but also assign ourselves a challenging agenda: a fresh and sedulous search into the ways in which judge-made law can be made more effectively, more honestly, more responsibly – less indirectly, less circuitously, less furtively*” (*Realist jurisprudence and prospective overruling cit.*, p. 9-26).

¹⁷³ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only cit.*, p. 254-270.

¹⁷⁴ *Realist jurisprudence and prospective overruling cit.*, p. 14.

¹⁷⁵ “*If one thinks of a judicially pronounced new rule of law as the rosy dawn of a new day, “sunbursting” has an appropriate connotation. The word arrived on the scene, however, as the name of a party to litigation*

A *U.S. Supreme Court*, em manifestação lavrada pelo próprio *Justice Cardozo*, confirmou o acerto da modulação e a confiança justificada no precedente (*reliance*)¹⁷⁶.

Tal é a trajetória do histórico do *prospective overruling* enquanto *non-retroactive judicial lawmaking technique*. Em belíssima sintomia elaborada por Beryl H. Levy se lê:

"We started our story a century ago with a pervasively Blackstonian atmosphere, in which, far from using their own judgment to make law, judges were supposed to find the law and declare it. The law was a preexisting law and the judge was Sir Oracle through whom this law spoke. This view compeed retroactivity as a matter of course for any change in the law through judicial decision. This fabulous mythology was riddled in England by Bentham and his friend Austin, the founder of contemporary jurisprudence in the Anglo-American tradition, and the only voice which spoke to Holmes across the ocean. Holmes and Gray, our most philosophically acute minds, could make no rhyme or reason of our inherited confusion except as they brought to it the Austinian perception that, of course, judges make law.

Because we recognize as a plain fact that judges legislate, and should legislate, does not mean that we sanction incontinent judicial legislation. It means only that judges will legislate with their eyes open and with the expectation that we will criticize them with our eyes open. Judicial legislation will become more accountable and less slippery. There are corpses, runs the French proverb, which it is necessary still to kill. When we have finally laid the ghost of Blackstoneianism, we shall be able to encourage the judge to do his thinking more openly and honestly. What a relief that should finally be for him if he has the courage to stand up to his own views instead of running for cover behind a congeries of other men's views embodied in precedents!

*Then we could comfortably, not only effortlessly, but irresistibly, accept the obvious enough distinction between the judge as policy-maker and the judge as adjudicator. Having seen and seized this distinction, we would no longer need to be troubled about the harsh and unfair retroactive effect of judicial legislation, because we could avoid it, if we think we should, by prospective overruling"*¹⁷⁷.

A questão que surge é: quando se deve utilizar o *prospective overruling*?

As cortes americanas por muito tempo usaram a técnica de forma arbitrária. Por vezes, conferiam efeitos retroativos integrais ao novo precedente, enquanto em outros

witch reached the Supreme Court of the United in 1932, Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refining Company. Sunburst, a shipper, had sued Great Norther in Montana for refund of excessive charges. Sunburst recovered, relying on a rule of law announced by the Supreme Court of Montana in 1921. When the Sunburst case reached the Montana high court, the court overruled the 1921 decision, but limited the change to cases arising in the future. This was prospective overruling in its purest form. New law was announced for cases arising out of future events, but the old rule was applied to the case at hand, arising out the events which had occurred while the old rule was the latest word" (Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only cit., p. 255).

¹⁷⁶ "4. It is for the state courts to decide whether changes in their views of the common or statutory law shall apply to intermediate transactions" (*Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358).

¹⁷⁷ *Realist jurisprudence and prospective overruling cit.*, p. 28.

casos se filiaram à técnica da prospecção de efeitos. Tudo a depender da estimativa do Tribunal sobre a perturbação à segurança jurídica que seria causada pela mudança.

Um ponto interessante é que nos casos em que a técnica é aplicada, os julgadores não raramente modulam os efeitos da decisão para que a nova norma retroaja apenas para o caso em julgamento. Veremos isso com maiores detalhes adiante¹⁷⁸, mas os juízes comumente optam por realizar a modulação desta forma para, primeiramente, recompensar o litigante que persistiu na disputa contra precedente injusto, inadequado ou ultrapassado e, secundariamente, para evitar críticas de que suas decisões são pura profecia (*prophetic dictum*).

Essa racionalidade foi estampada num caso importante que voltaremos mais de uma vez neste estudo, *Molitor v. Kaneland Community Unit District*. Julgado pela Suprema Corte de Illinois em 1959, foi conferido efeito prospectivo ao novo entendimento, ou em melhores termos, foi limitada a retroatividade da nova regra às situações concretizadas sob a luz do antigo precedente. No entanto, a nova norma já produziu efeitos no caso sob julgamento. Lê-se na decisão:

*"First, if we were to merely announce the new rule without applying it here, such announcement would amount to mere dictum. Second, and more important, to refuse to apply the new rule here would deprive appellant of any benefit from his effort and expense in challenging the old rule which we now declare erroneous. Thus there would be no incentive to appeal the upholding of precedent since appellant could not in any event benefit from a reversal invalidating it"*¹⁷⁹.

Thomas Fairchild sugere que a modulação dos efeitos em precedentes é uma tomada de decisão que deve passar pela consideração de seis fatores¹⁸⁰ (Quadro 5).

¹⁷⁸ Ver item 3.2.2.

¹⁷⁹ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 256. Ver *Supreme Court of Illinois, Kaneland Community Unit District* nº 302, Appellee. (Thomas Molitor, Appellant.) nº 35249.

¹⁸⁰ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 257.

QUADRO 5: CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO <i>SUNBURSTING</i>
Quão difundido e há quanto tempo o antigo precedente foi anunciado ou reconhecido, e em que grau a nova norma modifica a antiga?
O regramento antigo era do tipo que as pessoas consideram no momento de nortearem suas condutas ou seus negócios?
A antiga decisão era de fato equivocada, já no momento de sua elaboração, ou foi a superveniência de novas condições que a tornou subsequentemente injusta ou inadequada?
A nova norma está sendo concebida com o objetivo primário de prevenir situações injustas que podem advir, mas nem sempre advém, da norma antiga?
Qual a extensão do abalo à segurança jurídica que poderia resultar de uma aplicação retroativa do novo precedente?
Há decisões recentes que já haviam sugerido a possibilidade de uma provável superação do antigo entendimento?

O quadro reflete o principal fator para o *prospective overruling*, que é a confiança justificada do jurisdicionado no precedente antigo. Somente se a conduta for orientada pela palavra do Poder Judiciário e se não era difundido e sabido que o precedente estava próximo de ser revogado é que cabe a tutela à confiança conferida pela técnica da modulação de efeitos. Outros critérios derivados do Princípio da Proteção à Confiança do Jurisdicionado são apontados por autores nacionais¹⁸¹, dos quais destaca-se os colacionados pelo comparatista Thomas da Rosa de Bustamante, harmônicos com os princípios e regras do sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil:

¹⁸¹ Arenhart, Marinoni e Mitidiero também salientam que: “No caso de necessidade de superação apenas para frente do precedente [*prospective overruling* em qualquer de suas modalidades], além da proteção da segurança e da igualdade, a modulação de efeitos deve levar em consideração a *maior ou menor densidade das* normas aplicadas para a resolução do caso ou da questão jurídica e a *maior ou menor abertura semântica do texto* empregado na redação legislativa. Quanto *menor a densidade normativa* (por exemplo, princípio, *maior a confiança* na sua concretização judicial. Quanto *maior a abertura semântica* (por exemplo, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), *maior a confiança na sua concretização judicial*.” (Novo curso de processo civil cit., p. 617).

Ver também as considerações aprofundadas de Jaldemiro Rodrigues de. Ataíde Jr. em *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes* cit.

Pode-se propor, destarte, a seguinte diretiva geral para o *prospective overruling*:
 ‘(D) Na presença de precedentes vinculantes ou quase-vinculantes (vinculantes de fato) dos tribunais superiores, quando uma nova decisão venha a revogar regramentos judiciais previamente estabelecidos, o tribunal pode estabelecer, na presença de fatores que possam lesionar os mais importantes princípios do sistema jurídico, como a justiça material ou a segurança jurídica, as condições da eficácia temporal do novo Direito jurisprudencial.

Essa diretiva pode ser mais bem especificada por meio das seguintes condições secundárias:

‘(D¹) Quanto mais vinculante for a regra jurisprudencial superada, mais razões haverá para o *prospective overruling*.’

‘(D²) Quanto mais antiga for a regra jurisprudencial superada, mais razões haverá para os efeitos *prospectivos do overruling*.’

‘(D³) Em todos os casos em que se aplique o *prospective overruling*, deve haver uma decisão clara e justificada sobre o assunto, fundamentada em um juízo ponderado sobre os princípios afetados pela nova decisão’.

‘(D⁴) O tribunal deve se esforçar para justificar em termos racionais a decisão sobre a eficácia das normas que está pronunciando.’¹⁸²

Três critérios ressaltados por Daniel Mitidiero também devem ser observados:

“Em primeiro lugar, a alteração do precedente pressupõe a existência de duas soluções jurídicas diacronicamente distintas para o mesmo caso. É preciso que as soluções tenham o mesmo objeto e sejam contrárias entre si. Não é necessário que a decisão de que oriundo o primeiro precedente tenha transitado em julgado para inspirar confiança. O que determina a capacidade de orientação do precedente é a publicação da decisão a partir do qual pode ser retirado. A partir daí a decisão é eficaz, isto é, mostra-se capaz de produzir efeitos. Submeter a eficácia do precedente à formação da coisa julgada é confundir um instituto que pertence ao discurso voltado à tutela dos direitos em uma dimensão geral (o precedente) com um instituto que concerne ao discurso voltado à tutela do direito em uma dimensão particular (a coisa julgada), além de confundir a eficácia da decisão, aí incluída aquela que é oriunda da simples publicação das suas razões, com a qualidade da coisa julgada.

Em segundo lugar, a alteração do precedente deve ter vocação retroativa, isto é, o novo precedente tem de ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior. Isso porque é justamente para evitar a aplicação de uma norma inexistente e, portanto, desconhecida no momento da conduta de determinada pessoa que a superação prospectiva do precedente encontra justificação (...).

Em terceiro lugar, a alteração do precedente tem de ser surpreendente, isto é, capaz de frustrar a confiança legitimamente nele depositada [*unfair surprise*]. Daí que para configuração da alteração surpreendente pressupõe a existência de confiança no precedente”¹⁸³.

Mas talvez tão importante quanto estabelecer e compreender os critérios em jogo quando se busca tutelar a confiança justificada do jurisdicionado pelas vias da

¹⁸² *Teoria do Precedente Judicial* cit., p. 463-464.

¹⁸³ *Precedentes: da persuasão à vinculação* cit., p. 142.

modulação, seja a alteridade e o bom senso do Tribunal na constatação dessa confiança. Como Cardozo já constatava desde os primórdios da aplicação do mecanismo, “*courts stressed reliance overmuch and that the important factor was whether laymen had really relied, not what lawyers knew the law to be in situations where businessman customarily did not consult lawyers*”¹⁸⁴.

Após decidir modular os efeitos de seu novo precedente, a Corte precisa definir qual a extensão da limitação que será imposta. O novo entendimento pode afetar o caso em julgamento e recompensar aquele que disputou pela superação, ou preservar os efeitos jurídicos pretendidos pela parte que se norteou nas palavras de um regramento válido firmado pela Corte até então. Pode se dedicar a todas as ações futuras, ou receber um período de vacância para que o legislador atue ou a sociedade civil possa melhor se preparar para os impactos da mudança no plano jurídico. Se for mais adequado, pode até mesmo o novo precedente se voltar para as ações já em curso, mas apenas caso ainda não se tenha alcançado determinado estágio do processo, a partir de onde o antigo precedente ainda surtirá seus efeitos.

Não há resposta pronta para a pergunta de quando se deve e como se deve modular os efeitos de uma decisão no sistema de precedentes judiciais, mas para o estudo do *sunbursting* é importante analisarmos suas principais modalidades de aplicação e ilustrativo observarmos alguns exemplos.

Os próximos subitens apresentarão, brevemente, as descrições exemplificadas no *case law* americano, ressaltando-se que a beleza do mecanismo está na sua simplicidade. Alguns dos casos serão retomados no Capítulo 4, então como objeto de reflexão mais profunda, ao analisar-se os problemas inerentes ao *prospective overruling*.

3.2.1 Pure prospective overruling

A revogação de precedentes com prospecção em sua forma mais pura ocorre quando é negado à nova norma jurídica efeitos retroativos, até mesmo sobre o próprio caso em que é anunciada, ou seja, o próprio precedente. O resultado do julgamento (*adjudication*) permanecerá em conformidade com todos os demais até aquele momento,

¹⁸⁴ *Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 26.

em uma cristalina opção pela preservação da Isonomia Jurisdicional. O novo entendimento será a base para todos os eventos que ocorram após a data da decisão¹⁸⁵.

Embora espere-se que os casos abarcados por essa espécie de modulação sejam aqueles em que se está em jogo uma decisão tomada pelas partes em observância ao antigo precedente, tal qual a *Sunburst Co.*, não se deve generalizar.

Em muitos casos esse estilo foi adotado simplesmente porque a Corte se sentiu desconfortável em realizar uma mudança com efeitos retroativos. Alguns desses exemplos são mais antigos, em contraste com os tempos modernos onde a mudança de entendimento (*overruling*) dos Tribunais é muito mais comum no *common law*¹⁸⁶.

No caso da Suprema Corte de Montana que deu origem ao termo *Sunburst*, o resultado manteve-se em conformidade com as decisões anteriores, muito embora esse entendimento tenha sido considerado inadequado e ultrapassado. Isso resultou na construção pela Corte de uma nova norma jurídica, considerada mais apropriada para regular as situações similares ao caso que ocorressem no futuro. Além de mencionar a confiança do jurisdicionado nas decisões anteriores, a Corte prestigiou a teoria de que quando um instituto jurídico foi judicialmente criado, essa observância à norma integra o instituto até que a regra seja revertida ou modificada¹⁸⁷.

Na seara do direito de família, *v.g.*, a população do Estado de Ohio acreditou, por 40 anos, que sua legislação lhes garantia o direito ao divórcio. Foi somente em *Bringham v. Miller*, um caso de 1848, que a Suprema Corte de Ohio declarou que a legislação não lhes dava tal permissão. Depois de 40 anos de formação de novas famílias adjacentes a divórcios tidos como válidos pela população, a Corte se considerou constrangida a contentar-se com a simples declaração de que o divórcio não era garantido por parte da lei – e, na realidade, inconstitucional – modulando os efeitos com pura prospecção¹⁸⁸.

No campo das relações comerciais pode-se extrair outro caso onde ganha força a premissa de que as decisões passadas realmente orientam o comportamento da

¹⁸⁵ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 258.

Sobre o histórico do *overruling*, ver item 2.2.5.

¹⁸⁶ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 259.

¹⁸⁷ “2. The result is the same whether the tentative character of the rate, and the right of recovery, are expressed in the words of the statute or were attached to it by a construction of the state supreme court before the parties contracted” (*Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358).

¹⁸⁸ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 260.

sociedade civil. Em *Hare v. General Contract Purchase Corporation* (1952), a Suprema Corte do Arkansas considerou que, em face às circunstâncias do caso concreto, os juros do contrato de compra e venda eram usurários. A Corte, entretanto, relembrou diversas outras decisões que garantiam ao locatário tal direito em situações similares. Afirmou que essas decisões haviam fundamentado uma regra relativa à propriedade, e decidiu-se não retroagir o novo entendimento. Em contrapartida, deu-se publicidade à orientação de que transações similares operacionadas após o término do julgamento poderiam ser consideradas como usura e, doravante, desprovidas de qualquer proteção jurídica¹⁸⁹.

Sobre as particularidades dessa modalidade, Mitidiero complementa:

Hipótese que normalmente é particularizada pela doutrina em que pode haver frustração da confiança legítima diante da alteração do precedente ocorre quando essa tem por objeto relações jurídicas de trato continuado. Nesse caso é evidente que de modo algum pode o precedente retroagir sobre a coisa julgada, tendo em conta a necessidade de preservação da confiança legítima, da liberdade e da igualdade daqueles que planejaram e executaram suas ações com base no precedente alterado. Nada obsta, porém, que ocorra a cessação da eficácia do precedente para o futuro a fim de atingir apenas os fatos jurídicos posteriores à alteração do precedente. Nesse caso, a alteração superveniente do precedente funciona como circunstância jurídica nova que autoriza a declaração de ineficácia da coisa julgada para os fatos futuros que ocorrem no âmbito da relação de trato continuado¹⁹⁰.

Mesmo em matéria processual podemos observar o uso do *pure prospective overruling*. Em *England v. Medical Examiners*, a Suprema Corte dos Estados Unidos anunciou a um litigante que havia ajuizado ação na Justiça Federal que, embora matéria de competência estadual deva ser submetida à Justiça Estadual, ao também submeter questões de competência federal a uma Corte Estadual, de forma livre e sem reservas, permitindo que lá tenham sido litigadas e decididas, a parte havia optado por abrir mão de seu direito de retornar à Corte Federal. A Suprema Corte não havia, entretanto, aplicado essa norma de competência anteriormente e, embora tenha declarado que na realidade foi um equívoco da parte em não compreender uma decisão anterior que a compelia a submeter todas as suas questões à Corte Estadual desde o início, o equívoco não era desarrazoado e hesitou-se em aplicar a nova norma jurídica ao caso sob julgamento¹⁹¹.

¹⁸⁹ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 260

¹⁹⁰ *Precedentes: da persuasão à vinculação* cit., p. 144.

¹⁹¹ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 261

3.2.2 *Selective prospective overruling*

A modalidade seletiva, também chamada de *classic, strictu sensu* ou simplesmente de *prospective overruling*, é a mais comum na jurisdição americana atual. Aqui lidamos com precedentes em que a nova regra já é aplicada de imediato, mas tem sua retroatividade limitada a quaisquer outros casos que lhe forem anteriores¹⁹².

Um exemplo típico é o relativo a mudanças de entendimento sobre a inexistência de responsabilidade civil em face a um ato danoso.

Na grande maioria dos casos, não é sensato afirmar que os cidadãos, ao ocasionarem um dano, seja de forma culposa ou dolosa, tenham pautado sua ação no entendimento dos Tribunais acerca da incidência ou não de responsabilidade. Por esse motivo, é mais natural pensar-se que a evolução do direito judicial na matéria tenha sempre efeitos plenamente retroativos.

No entanto, se é verdade que os jurisdicionados geralmente não consideram os precedentes judiciais no momento em que ocasionam um dano, é igualmente verídico que algumas entidades, públicas e privadas, se pautam no entendimento firmado pelos Tribunais no tocante à não incidência da responsabilidade em determinadas situações, que configuram hipóteses em que estão imunizadas do dever de indenizar ou, por exemplo, ao menos livres de um regime de responsabilidade civil mais rigoroso (objetivo).

Sobretudo em casos de imunidade ampla, essas entidades acabam por depositar sua confiança na palavra dos Tribunais ao organizar suas finanças, decidindo se devem ou não contratar seguros para cobrir determinados riscos.

Retoma-se aqui o caso *Molitor v. Kaneland Community Unity District*. Nessa ocasião, a Suprema Corte de Illinois revogou seu precedente sobre a imunidade municipal e aplicou um novo regramento ao caso sob julgamento, mas limitou a aplicação da nova regra apenas para os casos futuros. Os fundamentos mencionados pelo Tribunal foram a forte probabilidade de que as escolas, por confiança em sua imunidade, teriam falhado em se assegurarem dos riscos inerentes e em investigarem acidentes prévios¹⁹³.

Numa série de casos entre 1961 e 1963, a Suprema Corte de Wisconsin aboliu similarmente as imunidades dos hospitais de caridade (*Kojis v. Doctor's Hospital*), das

¹⁹² *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 261.

¹⁹³ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 261.

empresas municipais (*Holytz v. City of Milwaukee*), das instituições religiosas (*Widell v. Holy Trinity Catholic Church*) e na imunidade parental (*Goller v. White*)¹⁹⁴.

No primeiro e no último precedente, o autor da demanda obteve o benefício da nova regra, tendo sido vedado o efeito retroativo para outras situações. Já no caso da imunidade das instituições municipais e religiosas, como se verá a seguir, o efeito prospectivo da modulação dos novos precedentes teve de ser ainda mais intenso.

3.2.3 *Prospective prospective overruling*

Nesses casos, denominados pela reduplicação *prospective prospective overruling*, o efeito retroativo do novo precedente é ainda mais limitado, na medida em que o termo inicial de sua aplicação é projetado para uma data ou acontecimento futuro.

No exemplo acima sobre a revogação da imunidade municipal, a decisão beneficiou o autor da demanda em 5 de Junho de 1962. O novo entendimento não seria, entretanto, aplicado para novos casos até a data preestabelecida na decisão: 15 de Julho do mesmo ano. Foi concedido esse intervalo de seis semanas justamente para permitir que as entidades municipais pudessem se preparar adequadamente para seu novo encargo com suas responsabilidades¹⁹⁵.

De forma similar, ao abolir a imunidade das instituições religiosas, foi conferido o prazo de dois meses para que novos casos se sujeitassem ao novo precedente judicial.

Em uma comparação com as técnicas legislativas, podemos considerar o período de vacância de uma lei: o novo regramento é anunciado, mas há um tempo fixo a ser transcorrido antes que se inicie a produção de seus efeitos. Isso permite, entre outras coisas, o preparo da sociedade civil para pautar e adequar suas atividades à normatividade vindoura. O termo pode ser definido não só por meio de um lapso temporal, mas também a partir de algum evento de ocorrência incerta¹⁹⁶.

Uma hipótese nesse sentido é quando o efeito prospectivo-prospectivo¹⁹⁷ é utilizado para permitir que o Poder Legislativo se mobilize para legislar a matéria. Se confere efeitos prospectivos ao novo regramento até a data da próxima sessão

¹⁹⁴ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 262.

¹⁹⁵ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 262.

¹⁹⁶ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 264.

¹⁹⁷ Tradução terminológica de Medina (*Novo Código de Processo Civil comentado* cit., p. 1252).

legislativa, de tal forma que o precedente judicial somente virá a surtir efeitos caso o legislador não atue, *i.e.*, caso o Poder Legislativo abdique, por inércia, de ele próprio normatizar a questão conforme oportunizado pelo Poder Judiciário. Isso foi realizado, *v.g.*, pela Suprema Corte de Minnesota em *Spanel v. Mounds View School District*.

3.2.4 Outras modalidades de *prospective overruling*

A característica principal da prospecção da efeitos é a limitação que se dá à retroatividade da norma jurídica concebida pelo Tribunal ao elaborar um novo precedente, uma técnica de criação judicial do Direito não-retroativa, como apontado¹⁹⁸.

Tratando-se de uma técnica do gênero da modulação de efeitos temporais de decisões judiciais, pode se manifestar das mais diversas formas, como meio de se atingir as mais diversas finalidades. Vejamos outros exemplos que não se enquadram nos três estilos mais clássicos apresentados até agora¹⁹⁹.

Ao elaborar um precedente, o juiz pode estar versando sobre questões de direito material ou processual²⁰⁰. Nos casos de revogação de orientações relativas a processo e procedimentos, a limitação de efeitos pode ser mais flexibilizada conforme as necessidades do caso. Embora todo o direito processual esteja em constante evolução, a área processual penal recebe um volume especial de manifestações doutrinárias num viés constitucional, o que resulta em mudanças constantes no posicionamento dos Tribunais no plano do devido processo legal. Essa peculiaridade torna essa seara um campo de análise fértil para a modulação de efeitos, a suavizar e facilitar a mudança.

A Suprema Corte dos Estados Unidos também passou pela evolução de diversas de suas regras relativas ao *due process* no Processo Penal nas últimas décadas. Em alguns casos, a nova normativa é considerada tão essencial que não há como sequer cogitar-se não retroagi-la aos demais processos. Em outras ocasiões, no entanto, os novos rigores, *v.g.*, de um procedimento, são recepcionados como dispensáveis, e consequentemente são igualmente dispensáveis seus efeitos retroativos plenos²⁰¹.

¹⁹⁸ *Modulação de efeitos das decisões no processo civil cit.*, p. 70-71.

¹⁹⁹ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only cit.*, p. 264.

²⁰⁰ Vide itens 1.1 e 1.5.

²⁰¹ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only cit.*, p. 265.

Nesses últimos casos, o novo precedente geralmente não é aplicado aos processos que já atingiram um determinado estágio, sendo observado apenas nos processos posteriores ou nos ainda aberto, mas que não chegaram a tal fase.

Uma característica interessante apontada por Thomas Fairchild é a de que, nesse tipo de limitação à retroatividade, os termos da prospecção nem sempre são anunciados logo de início no novo precedente, mas de forma gradual e dissipada nos julgamentos subsequentes²⁰².

Nos casos *Escobedo v. Illinois* e *Miranda v. Arizona* foram definidas novas regras que deveriam ser observadas durante o interrogatório policial para que seu valor probatório pudesse ser considerado válido posteriormente no julgamento. Uma semana depois, ao julgar o caso *Johnson v. New Jersey*, a Corte limitou a retroatividade dos precedentes mencionados sob o fundamento de que a nova norma só seria válida para os processos que iniciaram após o seu anúncio, e o interrogatório policial foi considerado válido por ter sido realizado conforme as exigências antigas²⁰³.

Registre-se que, em todos esses exemplos de novos procedentes, em direito material ou processual, não houve nenhuma admissão de retroatividade para casos que já houvessem passado por julgamento. É fundamental ter em mente a impropriedade de se falar em retroatividade de um precedente sobre o que já está preservado pelo instituto da coisa julgada, por óbvio.

Embora, por diversos motivos de ordem histórica, ideológica e hermenêutica²⁰⁴, na Inglaterra seja difícil valer-se – ao menos abertamente – do *prospective overruling*, o *common law* inglês também tem seus momentos de criação judicial não-retroativa:

It is unlikely that English courts – still much more strongly wedded than American courts to the Blackstonian doctrine – will adopt, eo nomine, any theory of ‘prospective overruling’. But the House of Lords, in one of its recent major lawmaking decisions, found another way of doing virtually the same thing. In Hedley Byrne, the House of Lords could have been content to dismiss the action on the ground that the defendants had excluded any legal responsibility for their statement. It chose instead to enunciate, in a series of elaborate opinions, a future principle of responsibility for financial statements negligently made under

²⁰² *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 266

²⁰³ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 267.

²⁰⁴ “in the United States a picture of the judge and his function [is] very different from that traditionally cherished in England (...) [as seen in the] American judge’s much greater readiness – as compared with their English brethren – to apply general considerations of legal philosophy to problems of the judicial process” (*Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 593 e 603).

circumstances in which third parties can reasonably be expected to rely on them. The House of Lords overruled Candler v. Crane, Christmas & Co. with respect to future situations. And while it has been suggested that the entire series of judgments may be dismissed as obiter dicta, this is unlikely. The decision thus operates in effect as a 'prospective overruling'”²⁰⁵.

Marinoni nos traz da doutrina de Melvin A. Eisenberg outros exemplos. O *prospective overruling lato sensu* e, especialmente, o *prospective prospective overruling*, revelam-se como tecnologias jurídicas muito interessantes no trato de situações no ordenamento onde se há a expectativa de mudanças no horizonte.

Quando o juiz, ao revogar um precedente, enxerga que em breve a nova regra poderá ser eliminada pelo advento de inovação legislativa sobre o tema, pode se valer do *prospective overruling* para limitar a aplicação do precedente aos casos futuros que ocorram até a superveniência da lei.

Outra possibilidade que já analisamos é a opção por um *prospective prospective overruling*, fixando data na qual presume-se que a lei já estará em vigor, de tal forma que a nova norma só chegará a produzir efeitos caso o Legislativo não crie a mudança esperada²⁰⁶.

Nesse sentido, Wolfgang Friedmann, referindo-se aos casos *Baker v Carr*, em que a Suprema Corte provocou uma enorme reestruturação no sistema eleitoral dos estados e da federação americana, criando judicialmente um novo princípio jurídico e deixando para a Administração Pública acertar os detalhes; e *Brown v. Board of Education*, quando fora considerado inconstitucional o sistema de segregação racial do “*separate but equal*”, ainda vigente em alguns estados do Sul em 1954, dando início a uma colossal reorganização do sistema escolar americano, sob a supervisão dos demais Tribunais:

“There are also cases in which a court has – very much like a legislator – initiated a basic institutional change, and left it to legislators and administrators to elaborate the basic principles and work out the necessary institutional adjustments. This is more likely to occur in federal jurisdictions where a Supreme Court has the ultimate power of constitutional interpretation and thus a scope for lawmaking unrivalled in other types of legal systems. The interpretation of ‘due process’ or ‘equality’ or ‘freedom of commerce’ clauses means in effect a power of almost unlimited sweep to lay down principles of legislation and administration, in accordance with changing ideas of public policy”.

²⁰⁵ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling cit.*, p. 605.

²⁰⁶ *Precedentes Obrigatórios cit.*

“While it thus remains generally true that courts are not equipped to engage in law reforms which entail institutional and administrative arrangements, this does not mean that courts do not at times initiate basic legal changes, through the reinterpretation of constitutions, or through bold judicial innovations, which lay the foundation for subsequent legislative changes”²⁰⁷.

Retoma-se o mencionado no item 2.2.6 sobre a possibilidade de um combinado entre as técnicas da sinalização e da modulação. Ante a inexistência de uma legítima confiança no precedente após o anúncio realizado mediante o *signaling* em caso passado, pode-se limitar a retroatividade da nova regra apenas até a publicação da decisão sinalizadora, ou do termo fixado como marco do *signaling*, ou quando se pressupõe ter sido o sinal devidamente absorvido pela comunidade jurídica. Desta forma todos os casos intermediários entre o anúncio da perda da força do precedente e da legitimidade de qualquer confiança nele depositada, e a elaboração da nova norma, terão o tratamento concebido para os novos casos retroagido, sem poder alegar surpresa.

São inúmeras as possibilidades de modulação de efeitos temporais.

A maleabilidade da técnica decorre se sua absoluta instrumentalidade para restringir ou limitar o poder de criação judicial do Direito. Uma vez reconhecida sua natureza, o mecanismo opera à serviço da tutela da legítima confiança justificada do jurisdicionado, e se amoldará à teleologia de suas bases eminentemente jusfilosóficas²⁰⁸.

Examinado o histórico, escopo e modalidades de aplicação do *prospective overruling*, resta problematizar a técnica e delinear seus limites no Direito brasileiro.

²⁰⁷ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 600 e 602.

²⁰⁸ “The choice for any state will be determined by the juristic philosophy of its judges and their conception of the nature of law” (*Realist jurisprudence and prospective overruling* cit., p. 15).

4. PROBLEMATIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DO *PROSPECTIVE OVERRULING*

4.1 Problemas de iniquidade inerentes à modulação: *pure prospective overruling* v *selective prospective overruling* v *prospective prospective overruling*

Por mais que um Tribunal observe todos os critérios próprios ao *overruling*²⁰⁹ no momento de revogar seus precedentes, e por melhor que possa buscar tutelar a confiança legítima dos jurisdicionados, é bem provável que o ideal de isonomia nunca seja atingido em sua plenitude.

Quando os resultados jurídicos de uma ação realizada amanhã são significativamente diferentes dos resultados que esse mesmo ato acarreta hoje, sempre haverá um prejudicado (*[it will always] upset somebody's expectations*²¹⁰).

No processo legislativo não é incomum que as mudanças mais substanciais no ordenamento, por isso, possuam ampla divulgação e, mesmo após aprovadas, períodos de vacância. Isso possibilita um anúncio da mudança, e os candidatos ao prejuízo, se nada podem fazer para impedir a inovação, ao menos têm a chance de se prepararem e se adaptarem para o novo cenário jurídico, protegendo seus próprios interesses²¹¹.

Mudanças que afetam a estabilidade das decisões judiciais, seja com ou sem efeitos retroativos, também resultam inevitavelmente em iniquidades no tratamento dos jurisdicionados. É possível que dois atos iguais tenham sido perfectibilizados num mesmo dia, mas as suas consequências serão diferentes na medida em que somente um dos jurisdicionados consiga obter sua tutela jurisdicional antes da alteração do entendimento.

Assim, existem possibilidades de inequidade inerentes ao *sunbursting*.

Suponha, por exemplo, que A e B realizem negócios jurídicos similares num mesmo período. Ambos resolvem contestar atual orientação judicial – formalizada em um dos incisos do art. 332 do CPC/2015 –, que os nega determinado benefício em seu negócio. B protocola sua petição no mesmo dia que A, e segue o processo regularmente. A, no entanto, não recebe essa oportunidade, pois, se valendo do sistema processual previsto no atual Código, o juiz de primeiro grau julga liminarmente a improcedência do pedido, com base no atual entendimento firmado. Suponha-se que, embora tenha perdido

²⁰⁹ Vide Quadro 4.

²¹⁰ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 604.

²¹¹ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 267.

em primeira instância, A consiga, pelas vias recursais, chegar de forma célere ao Tribunal competente *to overrule* e, habilidosamente, consegue convencer a Corte a efetuar o *overruling*. Para evitar lesar a confiança dos jurisdicionados em orientação tão relevante para aquele negócio específico, os colegiados resolve modular seletivamente os efeitos de seu novo precedente, vedando a retroatividade para todos os casos anteriores, com exceção ao de A, que despendeu seus recursos contestando bravamente um posicionamento deveras equivocado, e merece ser recompensado pelos seus esforços com o bem da vida. B, porém, foi igualmente – ou até mais – diligente que A, mas não contou com a mesma “sorte” e não terá direito ao benefício em seu negócio por conta do *prospective overruling* adotado pelo Tribunal²¹². Tal é o “melodrama de Aaron”²¹³.

Cada uma das modalidades de *sunbursting* analisadas neste estudo traz efeitos diferentes e, conseqüentemente, problemas diferentes. Se o exemplo acima é um contratempo próprio do *selective prospective overruling*, poderíamos dar o embaraço como resolvido se o novo precedente tivesse efeitos plenamente retroativos, ou se a Corte tivesse optado por um *pure prospective overruling*; desta forma, A e B teriam resultados iguais. Mas cada uma dessas opções traz seus próprios dilemas em si. Na primeira alternativa, haveria um impacto violento e súbito em toda aquela atividade negocial, gerando insegurança jurídica e elevando custos de transação. Na segunda alternativa, A sairia do Judiciário não apenas com o prejuízo que entrou, mas com a frustração de ter dispendido recursos para obter uma norma individual desfavorável, embora tenha sucedido em demonstrar a necessidade de superação do precedente antigo. A norma jurídica que ajudou a criar lhe é absolutamente imprestável em relação a sua demanda²¹⁴, e a função jurisdicional adjudicativa foi injusta em relação a si.

²¹² *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 267.

²¹³ Essa brilhante história não cabe nessas páginas, mas vale a leitura e a reflexão no original de Thomas S. Currier (T. S. CURRIER, *Time and change in judge-made law: prospective overruling*, p. 201-204).

²¹⁴ Sobre os problemas em jogo quando não se confere ao litigante vitorioso os benefícios imediatos do novo precedente, Marinoni tece valorosas reflexões:

"De outra parte, o *prospective overruling* pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas feições de *pure prospective overruling* e de *prospective prospective overruling*. Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despedida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes.

Ademais, o uso indiscriminado do *pure prospective overruling* e do *prospective prospective overruling* elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina

Não existem respostas prontas para se se deve e como se deve modular os efeitos de um novo precedente: cabe ao Tribunal administrar o uso da técnica com base nos resultados consideravelmente mais adequados a cada situação. É, afinal, uma técnica de implicações jusfilosóficas por natureza, e uma questão de administração da justiça.

Caso se deseje ponderar efetivamente qual o melhor efeito que se deve conferir ao novo precedente, é indispensável dominar esses problemas inerentes ao *prospective overruling*, e se atentar para os princípios a que serve, daí a importância dos critérios²¹⁵.

Ao longo do Capítulo 3 observamos sucintamente alguns exemplos diferentes de *sunbursting*. Voltemos agora a análise de alguns desses casos sob um outro ângulo.

Johnson e Miranda foram à julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos na mesma época. O caso de Miranda tornou-se um precedente importante na matéria de inquéritos policiais. Johnson, entretanto, foi a julgamento somente em data posterior e, como vimos, não foi beneficiado com as novas regras, ainda que fossem de importância constitucional. É bastante justo mencionar que ele encarava pena de morte. Nas palavras de Fairchild, o chamado *sunbursting*, para a infelicidade de Johnson, não significou o raiar de um novo dia²¹⁶.

e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decidendi* do precedente. Quando se atribui efeito prospectivo à nova regra, impedindo-se a sua incidência em relação ao caso sob julgamento, resta eliminada qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por decisões que, embora obviamente não tenham enfrentado de forma direta a questão resolvida no precedente, afirmaram soluções com ele inconsistentes. Deste modo, a investigação e análise do advogado não seria sequer necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importante o grau da sua autoridade ou força e, assim, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do *prospective overruling*, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não retroatividade dos efeitos do *overruling*, e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, desta forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria de precedentes.

Deixa-se claro, por fim, que a doutrina de *common law* frisa que, em regra, a revogação deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, é que se admite dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem se enfatizar que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade" (*Precedentes Obrigatórios* cit., p. 424-425).

²¹⁵ Vide Quadro 5.

²¹⁶ "The new constitutional interpretations, given a "sunburst" limitation on retroactivity, did not signal the "dawn of a new day" for them" (*Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 268).

Pela terceira vez voltamos a *Molitor v. Kaneland Community Unit District*, um caso famoso e importante para a doutrina americana sobre a imunidade municipal. O nome do autor da demanda era Thomas Molitor, na época em idade escolar. Como visto, a Suprema Corte de Illinois limitou os efeitos do novo precedente somente para casos futuros, com a única exceção do caso sob julgamento, o do pequeno Thomas.

Ocorre que o dano que estava em discussão fora ocasionado por um acidente de ônibus escolar, em que Thomas era apenas umas das 14 crianças que saíram lesionadas. Seus outros três irmãos inclusive também estavam no veículo, e aguardavam julgamento junto aos demais. Após verificar a evidente injustiça gerada pela sua modulação, a Suprema Corte de Illinois voltou atrás e, dois anos após a primeira decisão, ampliou os efeitos do novo precedente para todas as crianças envolvidas no acidente.

Entretanto, nesse intervalo de tempo, houve para os apelantes em espera uma outra oportunidade de indenização: consensual, mais modesta. A escola até possuía um seguro, mas no valor de U\$ 100.000,00, quantia muito aquém do montante total demandado pelas crianças, que extrapolava U\$ 2.000.000,00. Após o julgamento do caso Molitor, mas antes da decisão que conferiu maior amplitude ao benefício, algumas das famílias das crianças optaram por receber a cobertura do seguro, já que tudo indicava que não receberiam uma indenização como a de Thomas. As sentenças que obtiveram refletiram valores muito inferiores aos das sentenças proferidas após a extensão dos efeitos do novo precedente aos seus colegas que haviam persistido em suas apelações. Aquelas famílias buscaram então um novo julgamento para complementar sua indenização, mas, por diversos motivos, a Corte considerou que não houvera injustiça nos acordos firmados, e que as indenizações que aceitaram deveriam ser mantidas²¹⁷.

Um caso não abordado anteriormente é *Olson v. Augsberger*. Nessa ocasião a Corte de Wisconsin, que havia anteriormente estabelecido um novo precedente e conferindo-lhe efeitos prospectivos, decidiu, depois, modificar os termos da limitação de retroatividade para permitir que o autor de um novo caso se beneficiasse do precedente judicial também. O motivo? Porque pareceu injusto à Corte não o fazer.

²¹⁷ *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 269.

Fairchild aponta que não é prudente tentar tirar um coelho da cartola ²¹⁸. Geralmente, a limitação na retroatividade de um novo precedente já expressa na decisão deve ser cuidadosamente preservada. Os exemplos acima ilustram a necessidade da cautela que deve ser empregada no uso dessa técnica, bem como o grau de abstração e previsão que deve ser atingido pelo Tribunal quando resolve modular seu novo precedente: se prospectados seus efeitos, lá à frente deve olhar. Prever não é fácil.

Valiosas as ressalvas de Wolfgang Friedmann:

“Whether and when there is scope for a ‘prospective overruling’ must therefore be a matter of degree. In the careful analysis of a recent commentator, the five values – of stability, protection of reliance, efficiency in the administration of justice, equality, and the image of justice – have to be balanced against each other”²¹⁹.

Oportuno dizer, e isso é uma ressalva válida para qualquer sistema jurídico democrático, que obviamente temos uma ressignificação do princípio *nullum crimen sine lege* nos sistemas de precedentes judiciais. No Brasil, o inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante na esfera penal a irretroatividade de qualquer novo precedente prejudicial ao réu, isso é indiscutível.

É no processo civil, portanto, que devem ser trabalhadas com maior flexibilidade as modalidades da modulação de efeitos no sistema de precedentes. A análise sempre dependerá das circunstâncias do caso, mas deve se embasar na preservação da segurança jurídica – estabilidade e previsibilidade – e na tutela da legítima confiança do jurisdicionado, e é possível traçar algumas diretrizes com base nos exemplos visitados.

Na determinação da modulação de efeitos, a primeira consideração do julgador prudente deve ser identificar quem são as partes: o indivíduo, a pessoa jurídica de direito privado, a Administração, o Ministério Público, a Fazenda Nacional etc. Lembra-se que o ponto de partida de todo *sunburst* é a compreensão da existência de dois perfis da jurisdição: a norma individual do caso concreto, cristalizada no dispositivo da decisão, consubstanciada na *adjudicative function*; e a norma jurídica que é a *ratio decidendi*, enunciada por meio da fundamentação do precedente, que efetiva a *judicial lawmaking function*. A relevância para as partes de cada um desses perfis, e o que os litigantes

²¹⁸ “it is not always possible nor wise to pull a rabbit out of the hat” (*Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only* cit., p. 269).

²¹⁹ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 604.

realmente buscam na prestação jurisdicional por meio do processo, é fundamental para se determinar o *prospective overruling* e acertar sua modalidade no caso concreto:

“while local authorities can obtain clarification of important legal issues by such means [pure prospective overruling], and while public prosecutors can, within limits, emphasize issues of public interest in the selection of cases for prosecution, the ordinary civil litigation still depends upon the interest of a particular plaintiff in risking the expense and delay of a civil action to obtain a certain result. To some extent, representative lawsuits, e.g., an action against a local authority brought on behalf of a group of residents or taxpayers, may mitigate the chanciness of such procedure as a means of developing the law. But in most civil actions, the prevalence of the litigation function between particular parties will restrict the lawmaking function of the courts; and, as we have seen, the rule of prospective overruling can at best have limited [selective] application²²⁰”.

Para ilustrar em claro português, vale-se de dois exemplos de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., um adaptado de conhecido caso real do Superior Tribunal de Justiça (crédito-prêmio IPI), e outro totalmente fictício, apenas para fins de suposição temática:

[A] Assim, tomando como exemplo o caso do crédito-prêmio IPI – onde quem conseguiu reverter a jurisprudência foi um ‘grande ator’ (Fazenda Nacional) –, suponha-se que o STJ tivesse acolhido a tese do Min. Hermann Benjamin de aplicar *efeitos prospectivos* ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, o qual definiu que a vigência do benefício do crédito-prêmio IPI encerrou-se em 05.10.1990. Imagine-se, ainda, que ao STJ faltava decidir pela aplicação de *efeito prospectivo clássico* [*selective prospective overruling*] ou *puro* [*pure prospective overruling*]. Nesse caso, é de se indagar que grave prejuízo (ou afronta aos subprincípios da previsibilidade, não surpresa e boa-fé) sofreria a União se a *nova norma jurídica* (*ratio decidendi*) não fosse aplicada ao caso em julgamento. Por outro lado, observe o grave prejuízo suportado pelo contribuinte vencido – que se utilizou dos créditos por quase 14 (quatorze) anos e, assim, teria que restituí-los –, caso a *nova norma jurídica* fosse aplicada ao seu recurso especial.

[B] Suponha-se agora outro exemplo – onde quem conseguiu reverter a jurisprudência foi uma pessoa individualmente considerada. Imagine-se que a jurisprudência do STJ era pacífica no sentido de rejeitar a isenção do imposto de renda a determinada categoria profissional e que, num recurso especial, o consumidor sagrou-se vencedor, conseguindo reverter essa jurisprudência, para que se reconhecesse que a sua categoria profissional deveria gozar de isenção do imposto de renda. Suponha-se, ainda, que o STJ decidiu conferir *efeito prospectivo* a esse *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, restando decidir apenas pelo *efeito prospectivo puro* ou *clássico* [seletivo]. Nesse caso, é de se indagar que grave prejuízo (ou afronta aos subprincípios da previsibilidade, não surpresa e boa-fé) sofreria a Fazenda Nacional se a *nova norma jurídica* (*ratio decidendi*) fosse aplicada ao caso em julgamento. Por outro lado, observe o grave prejuízo a ser suportado pelo contribuinte ‘vitorioso’, caso a *nova norma jurídica* não seja aplicada ao seu recurso

²²⁰ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 606.

especial, já que nessa hipótese não poderá se beneficiar com a repetição do indébito do que pagou indevidamente durante anos²²¹”.

As considerações realizadas no decorrer desta pesquisa, bem como as acima extraídas da literatura estrangeira, não deixam dúvidas sobre a modulação de bom senso. No caso A, o contribuinte detém a confiança legítima, e, se injusto seria a retroação do novo precedente aos atos que a sociedade perpetrou até então, mais ainda seria para o recorrido; a Fazenda Nacional, por sua vez, embora não saia vitoriosa na função adjudicativa, obteve da prestação jurisdicional uma norma jurídica que servirá ao seu favor em casos futuros, o que é relevante a longo termo para um *repeat player* (*institutional litigant*)²²²; tal qual precedente que apelida a técnica do *sunburst*, o exemplo A merece a modulação na mais pura das prospecções. No caso B, por sua vez, tem-se litigante individual (*one-off litigant*), que para alterar o precedente teve de cruzar todas as vias recursais às suas próprias expensas; a adjudicação é a única tutela que lhe interessa e, portanto, se tratar-se de caso de modulação, a prospecção deve seletiva, preservando o litigante que deve sair, sim, vitorioso. Não diversas são as conclusões do referido autor:

“Nessa questão de aplicação de efeito prospectivo clássico ou puro, tudo leva a crer que o efeito prospectivo clássico se afigura o mais adequado, quando o vencedor do recurso que ensejou a alteração da jurisprudência for uma pessoa individualmente considerada e que o efeito prospectivo puro se mostra o mais adequado, quando o vencedor do recurso, onde se construiu a nova norma jurídica, for um ‘grande ator’ (União, concessionária de telefonia, concessionária de energia elétrica etc.).

Quanto ao efeito prospectivo a termo, parece mais adequado à jurisdição constitucional, a exemplo da ADI nº 2.240 [...]. Entretanto, nada impede que, na jurisdição infraconstitucional, seja atribuído efeito prospectivo a termo ao novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial ou novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito, quando a nova norma jurídica anunciada exigir um determinado tempo de maturação, para que a sociedade e o próprio Judiciário se adaptem melhor à mutação normativa – o fundamento da aplicação do efeito prospectivo a termo

²²¹ *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes* cit., p. 404-406.

²²² Mitidiero também faz referência ao tema pela reflexão sobre relações jurídicas de trato continuado:

“Hipótese que normalmente é particularizada pela doutrina em que pode haver frustração da confiança legítima diante da alteração do precedente ocorre quando essa tem por objeto *relações jurídicas de trato continuado*. Nesse caso é evidente que de modo algum pode o precedente retroagir sobre a coisa julgada, tendo em conta a necessidade de preservação da confiança legítima, da liberdade e da igualdade daqueles que *planejaram e executaram suas ações* com base no precedente alterado. Nada obsta, porém, que ocorra a *cessação da eficácia do precedente para o futuro* a fim de atingir apenas os *atos jurídicos posteriores* à alteração do precedente. Nesse caso, a alteração superveniente do precedente funciona como *circunstância jurídica nova* que autoriza a declaração de ineficácia da coisa julgada para os fatos futuros que ocorrem no âmbito da relação de trato continuado” (*Precedentes: da persuasão à vinculação* cit., p. 144).

nesse caso estaria nas mesmas razões pelas quais o legislador atribui uma elástica *vacatio legis* às leis que trazem significativas mudanças, tais como o Novo Código Civil”²²³.

Enfrentando os problemas de desigualdade na prospecção pura e seletiva, Wall:

“One way to address this objection is to distinguish between two types of litigants. A litigant may be only interested in the outcome of a particular dispute (a one-off litigant). Alternatively, a litigant may be interested in the long term effect of the outcome (and institutional litigant). These institutional litigants, like Harbour Boards, may be interested in the long term effect as they are ‘repeat players’ in the enforcement of the law and are concerned about the precedent value of the decision and how it will apply in future cases.

The pragmatic objection does not negate the value of prospective overruling with regards to institutional litigants. If an institutional litigant is successful in convincing the court to overturn a prior precedent. Although it will not immediately benefit from the outcome of the particular dispute, it will nonetheless benefit from the change in the long term. It follows that there is still an incentive for institutional litigants to challenge the prevailing view of the law even when the court can prospectively overrule because of their interest in the precedent value of a particular decision”²²⁴.

Assim, reforça-se que no momento de determinar a limitação de efeitos à retroatividade da nova norma jurídica criada, o julgador deve-se atentar para a natureza e os interesses processuais dos litigantes no jogo processual.

É uma das possíveis soluções.

Concluindo este estudo sobre a modulação de efeitos das decisões no sistema de precedentes propriamente dita, por todas as reflexões e problematizações acima, verifica-se que não se pode pactuar com nenhuma orientação que aponte o *prospective overruling* como mecanismo a ser usado irrestritamente, ou em toda e qualquer superação de entendimento firmado: o *overruling* tem, em regra, efeitos retroativos.

Não se deve ampliar a interpretação do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 para tentar justificar a aplicação da modulação de efeitos no sistema de precedentes em qualquer hipótese, pois o princípio da proteção à confiança justificada não se encaixa na mesma acepção de Segurança Jurídica que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Se relaciona com princípios diversos e é regido por critérios distintos.

²²³ Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes cit., p. 406.

²²⁴ *Prospective overruling – it’s about time* cit., p. 41-42.

Tal é a compreensão juscomparatista do mecanismo, e não parece prudente buscar a desarmonia justamente em matéria de inovação legislativa que visa a harmonização de ordenamentos jurídicos, como já extensivamente afirmado neste estudo. Reforça-se em citação de Wolfgang Friedmann²²⁵, por uma última vez, em nome dos *common lawyers* que se debruçaram sobre o estudo aprofundado do mecanismo:

“Clearly, prospective overruling, while a welcome acknowledgement of the lawmaking function of courts, opens up as many difficulties as it solves. It must remain confined to relatively few situations, of exceptional importance”.

4.2 A modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade

Com os elementos e casos que observamos nos itens anteriores, chegamos ao fim de nossa análise sobre a técnica do *prospective overruling* propriamente dita.

No entanto, para a total compreensão dos limites conceituais do mecanismo, é útil a realização de seu contraste com outra espécie do gênero da modulação de efeitos temporais das decisões: as operadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.

Esse instituto, com previsão no art. 27 da Lei 9.868/1999, é de uso exclusivo da Corte Constitucional e do controle concentrado de constitucionalidade, ao menos em regra. O assunto é alvo de intensa discussão na doutrina, com críticas tanto contra quanto a favor da expansão de sua aplicação fora desse âmbito, havendo posições favoráveis à modulação de efeitos no controle concentrado em outras instâncias do Poder Judiciário, em sede de controle difuso de constitucionalidade e até mesmo no âmbito dos processos administrativos.

Mas o mérito dessa discussão está além dos objetivos da presente análise. O que importa, para os fins do estudo do *prospective overruling*, é compreender as diferenças que separam as duas espécies de modulação, especialmente as relativas à origem, escopo, metodologia e problemas inerentes.

²²⁵ *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* cit., p. 605.

4.2.1 Modulação na jurisdição constitucional: histórico, escopo e metodologia

O gênero da modulação de efeitos temporais das decisões teve no Brasil, como porta de entrada, a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade.

A modulação de efeitos das decisões no Supremo Tribunal Federal é antiga, com início de sua trajetória histórica na problematização das teorias da nulidade e da anulabilidade.

Segundo Antonio de Pádua Soubhie Nogueira, em 1977 o Supremo Tribunal Federal já refletia sobre o abandono da rígida teoria da nulidade em favor da tese da anulabilidade, representando um relance da Corte Constitucional à modulação de efeitos que preencheria o palco do Tribunal alguns anos após.

O Ministro Leitão de Abreu, relator do Recurso Extraordinário 79.343/BA, considerou que a lei inconstitucional não poderia ser alvo de declaração *ab initio*. Como havia sido editada regularmente, gozaria de uma presunção de constitucionalidade e a sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional, nessas circunstâncias, seria não nula, mas anulável. Sinalizou-se em seu voto que a lei inconstitucional é eficaz, e isso não poderia ser ignorado. Estabelecidas relações entre o particular e o Poder Público, tidas como legítimas, a tutela da boa-fé exigiria que se apurassem limites para a retroatividade da decisão que decreta a inconstitucionalidade²²⁶.

“Até que, em meados do ano de 1999, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante da necessidade de revisão da Súmula 394 (...). A referida Súmula 394 foi cancelada, dando ensejo a uma reviravolta jurisprudencial, diante do fato de que se passou a entender que, cessado o exercício do mandato, a competência deveria ser da primeira instância. Em razão disso, o Ministro Relator, Sidney Sanches, propôs a manutenção da Súmula revogada em relação aos casos passados, para evitar a nulidade dos julgamentos levados a efeito anteriormente pelo Supremo. Durante os debates os Ministros vieram a notar que a decisão consubstanciava caso de eficácia *ex nunc*, fazendo referência à doutrina de prospecção de efeitos da jurisprudência, representando este o primeiro precedente do STF no qual o tribunal, deliberadamente, modulou *in abstracto* a eficácia da sua jurisprudência. Esse julgamento, porém, não chegou a repercutir nos meios acadêmicos (...).”

“Antes, porém, que o Supremo Tribunal Federal passasse, com base nos fundamentos acima delineados, mas, notadamente, com fulcro no princípio da segurança jurídica, a refletir costumeiramente sobre a manipulação de seus julgados no controle de constitucionalidade, seguindo os principais modelos estrangeiros (contexto este que, como visto, se avizinhava e já contava com o primeiro precedente neste sentido, referente à revogação da Súmula 394), em 10

²²⁶ *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil cit.*, p. 204.

de novembro de 1999 foi promulgada a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (...)

Posteriormente, com idêntica redação, o art. 11 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, veio a dispor sobre a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A modulação é ainda objeto do art. 4º da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou a súmula vinculante, prescrevendo que ela poderá ter eficácia 'a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público', consolidando a sistematização legislativa do tema no direito constitucional"²²⁷.

Dessa feita, antes que o STF pudesse desenvolver as bases para a modulação das decisões com fulcro nos mesmos princípios que norteiam o sistema de precedentes, foi guinado pela inovação legislativa de 1999 à trabalhar o instituto somente na seara da teoria da nulidade na declaração de inconstitucionalidade.

Dando continuidade ao histórico, talvez o caso mais emblemático do uso da modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal seja o da ADIn 2.240. Na ocasião, fora suscitada a inconstitucionalidade da lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, um pequeno polo do agronegócio no oeste do estado da Bahia²²⁸.

Para a Corte, a inconstitucionalidade da lei era algo claro. A discussão era outra. Temiam-se os efeitos que a pronúncia de inconstitucionalidade teriam sobre os incontáveis atos praticados sob a égide da lei, e parte do colegiado buscava uma permissão para preservar de alguma maneira essas situações que seriam de outra forma pulverizadas do plano jurídico. O relator, Ministro Eros Grau, havia inicialmente reconhecido a inconstitucionalidade, mas julgado improcedente a ação no intuito de preservar todos os atos já consolidados. Alegou que, caso esses atos fossem subitamente eliminados do ordenamento, haveria dano imensurável decorrente do abalo à segurança jurídica. O Ministro Gilmar Mendes propôs uma abordagem distinta:

"Impressionou-me a conclusão a que chegou o Ministro Eros Grau – votou pela improcedência da ação – após tecer percuciente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso que possui, no caso, o princípio da segurança jurídica. De fato, há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo Tribunal. Com o surgimento, no plano das normas, de uma nova entidade federativa, emergiu, no plano dos fatos, uma gama de situações decorrentes da prática de atos próprios do exercício da autonomia municipal. A realidade concreta que se vincula à lei estadual impugnada já foi objeto de extensa descrição analítica no voto proferido pelo Ministro relator, e não pretendo aqui retomá-la. Creio que o Tribunal já se encontra plenamente inteirado das graves

²²⁷ *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 17-18 e 29-30.

²²⁸ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 424-429.

repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade"²²⁹.

O Tribunal pretendia tutelar o princípio da segurança jurídica. No entanto, o voto originário do relator afastava por completo um dos princípios basilares que regem o controle de constitucionalidade: a nulidade da lei inconstitucional. Buscando preservar os dois princípios, o Ministro Gilmar Mendes memorou que:

"a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. (...) perigo de uma tal atitude desmensurada de *self restraint* (ou *greater restraint*) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social. (...) Não há dúvida, portanto – e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso –, de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarda na maior medida possível os efeitos por ela produzidos".

Assim, votou no sentido de declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999. Foi mantida a vigência da lei inconstitucional pelo prazo de 24 meses, período que a Corte considerou razoável para que o legislador estadual pudesse reapreciar o tema.

Pode-se notar, à primeira vista, uma semelhança prática entre os resultados atingidos no caso acima e na técnica do *prospective prospective overruling*. Não obstante, os motivos e fundamentos da modulação de efeitos na hipótese acima nada têm a ver com os da modulação operada no sistema de precedentes judiciais. É de se reconhecer alguma similaridade, o que pode manter, em abstrato, os institutos sob um mesmo gênero de moduladores temporais, mas essa similitude está apenas nos resultados, e não nas origens, na finalidade ou mesmo na metodologia das técnicas.

Marinoni introduz a diferença entre os escopos das duas espécies.

"a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. É isso, precisamente, que baralha a situação. Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da segurança jurídica e da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em

²²⁹ Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.240.

julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra. Porém, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn do município de Luis Eduardo Magalhães, não há falar em proteção da confiança fundada nos precedentes, até porque a Corte deixou bem claro que os seus próprios precedentes eram no sentido da inconstitucionalidade. Aliás, caso se tivesse pensado nos efeitos dos fundamentos determinantes das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em casos similares, estar-se-ia muito longe de se poder imaginar uma decisão que não fosse de inconstitucionalidade. Quando não se outorga efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade, objetiva-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. É somente nesta situação, como é óbvio, que entra em jogo a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais e passa a ser possível questionar, por consequência, a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica. Em outras palavras, quando se atribuem efeitos prospectivos a decisão que não é de inconstitucionalidade, importa apenas saber se há confiança justificada no precedente"²³⁰.

Consoante os fundamentos expostos sobre o escopo da modulação no caso acima, a própria Exposição de Motivos da Lei 9.868/1999 justifica o artigo 27 na indispensabilidade de um mecanismo na Jurisdição Constitucional para o controle de constitucionalidade, capaz de permitir a relativização das repercussões decisórias a partir de um juízo de ponderação. O efeito retroativo pleno de declaração de inconstitucionalidade “acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”. Assim como na modulação em precedentes, há uma preocupação em eliminar o receio da Corte (*self-restraint*) em julgar de determinada forma (declarar uma norma inconstitucional)²³¹. Mas a razão de ser dessa hesitação não reza na coerência sistêmica do Direito ou na tutela da legítima confiança de jurisdicionados – seu pano de fundo não é o *stare decisis*; o receio advém do fato de a Corte Constitucional não poder deixar de atentar-se às consequências sociais, políticas e econômicas quando julga casos de grande repercussão – o pano de fundo aqui é a própria carga principiológica inerente da Jurisdição Constitucional, e dela indissociável.

Daqui vêm as diferenças apontadas pela doutrina²³² no significado dos critérios normativos do art. 27 da Lei 9.868/1999 e do art. 927, § 3º, do novo Código de Processo Civil. As “razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social” dependem do

²³⁰ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 431-432.

²³¹ *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 35.

²³² Ver item 3.1.1.

escopo da modulação de efeitos temporais da decisão no jogo processual: a tutela da legítima confiança do jurisdicionado ou a preservação de direitos fundamentais?

Isso tudo confere aos mecanismos critérios próprios, sendo que os da modulação de efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade são muito diferentes dos apontados no Quadro 5²³³. Seguindo o raciocínio de diferenciação entre as técnicas, as modulações de efeitos no STF têm sido nos sentidos elencados no Quadro 6 abaixo, extraídos por Nogueira da doutrina de Gilmar Mendes²³⁴.

QUADRO 6: HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE OPERADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(a) “declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade <i>ex nunc</i>), com ou sem repristinação da lei anterior;
(b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos <i>por algum tempo</i> a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito <i>pro futuro</i>), com ou sem repristinação da lei anterior;
(c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro do prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional;
(d) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações”.

²³³ Ver item 3.2.

²³⁴ *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 44-45. Trata-se, evidentemente, de rol meramente exemplificativo. A doutrina, sobretudo autores como Flávio Beicker Barbosa de Oliveira e Humberto Ávila, oferecem outras classificações e abordagens terminológicas após análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, como:

“(i) “modulação intermitente”, fazendo com que os efeitos da decisão retroajam até determinado momento fixado pela Corte entre a edição do ato inconstitucional e sua decisão final; (ii) “modulação *ex nunc*”, estabelecendo que a decisão só terá validade após o julgamento (ou após seu trânsito em julgado); (iii) “modulação *pro futuro*”, segundo a qual o Tribunal fixa no futuro o dia em que sua decisão será aplicada e eficaz; e (iv) “restrição material”, através da qual são excetuadas situações de direito material ou processual que deverão sobreviver mesmo ante a decisão de inconstitucionalidade da lei” (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil* cit., p. 45).

Conforme Georges Abboud e Antonio de Pádua Soubhie Nogueira discorrem:

“Em consonância com o que temos desenvolvido, concebemos a modulação de efeitos primordialmente como técnica para preservação de direitos fundamentais do cidadão em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Por conseguinte, toda decisão que realize o controle de constitucionalidade, juntamente com a modulação de efeitos, deverá obrigatoriamente em sua fundamentação, indicar em que medida e em quais direitos fundamentais essa limitação de efeitos pretende tutelar. Em outros termos, decisão que aplica a modulação de efeitos deve, necessariamente, indicar que ela foi condição *sine qua non* para preservar direitos fundamentais do cidadão”.

“A concepção de limitação de efeitos que propomos, para ser admitida, impõe ao STF a obrigação de não somente indicar quais os fundamentos jurídicos que embasam a modulação – essa obrigatoriedade pode ser depreendida do art. 93, IX, da CF/1988 – a decisão do STF deverá, necessariamente, indicar quais os direitos fundamentais que a limitação de efeitos objetiva resguardar”.

“Especificamente no tocante à virada de jurisprudência, pouco importará discutir se o tribunal age na condição de legislador negativo (juízo de ilegalidade) ou positivo (juízo de interpretação). É que, *in casu*, a técnica do prospective overruling decorre da desestabilização de um entendimento pretoriano outrora solidificado, capaz de gerar na sociedade a frustração de suas ‘expectativas legítimas’, comprometendo a segurança jurídica e tantos outros princípios que estejam relacionados com o *thema decidendo*. As premissas teóricas que dão amparo à prospecção, aqui, são outras, não se relacionando diretamente com a incompatibilidade da lei frente à Constituição, consoante se argumento – *data venia*, de forma equivocada – no supracitado Ediv 738.689/PR²³⁵ (influenciado por considerações incidentais de um anterior julgamento do STF, no sentido de que a modulação só seria possível se e quando a Corte agisse como ‘legislador negativo’, as quais foram posteriormente abandonadas pelo próprio Excelso Pretório)”²³⁶.

Os efeitos da modulação aqui também tem características distintas do *sunbursting*, em conformidade com a autonomia metodológica dos precedentes judiciais²³⁷. No *prospective overruling*, o que se modula é a retroatividade do novo precedente: a partir de quando a sua *ratio decidendi* começará a incidir sobre os casos similares. Pode-se debater se a nova regra vai ou não valer para o *instant case*, mas seja com base no antigo entendimento ou no novo entendimento, a prestação jurisdicional será conferida

²³⁵ Em suma, houve embate na 1ª Seção nos Ediv no Resp 738.689/PR, j. em 27.6.2007 por m.v., entre o Relator, Ministro Teori Zavascki, e o Ministro Herman Benjamin, em voto-vista. O primeiro defendia a exclusividade da modulação de efeitos ao STF, por força do art. 27 da Lei 9.686/1999, enquanto o Min. Benjamin sustentava argumentos próprios ao sistema de precedentes para fundamentar uma adequada modulação de efeitos para a proteção da segurança jurídica nas acepções da estabilidade e previsibilidade. (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil cit.*, p. 73-75).

²³⁶ *Jurisdição Constitucional cit.*, p. 273 e 283 e *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil cit.*, p. 113.

²³⁷ Vide item 2.1.

em caráter imediato, isto é, a norma individual que regula o caso concreto terá efeitos automáticos para as partes. Os efeitos modulados são o da norma jurídica criada na fundamentação; o dispositivo da decisão permanece intacto e surtirá seus efeitos às partes como qualquer outra decisão judicial – o que o precedente não deixa de ser.

Na modulação de efeitos do controle concentrado de constitucionalidade são os efeitos da própria decisão, averbados no dispositivo, que são modulados. A decisão pode ser declaratória de inconstitucionalidade, mas seu efeito imediato, que seria a nulidade do que se declarou inconstitucional, é modulado no tempo pela Corte para preservar a segurança jurídica, em uma acepção distinta da proteção à confiança justificada²³⁸.

A diferença entre as espécies vale para ambos os lados: não pode o Supremo Tribunal Federal modular ou deixar de modular os efeitos de um novo precedente judicial em matéria constitucional com base nos fundamentos acima e no escopo analisado no decorrer deste estudo, pois prejudicaria aqueles que de fato possuem legítima confiança justificada no precedente antigo, além de deturpar a estabilidade, a previsibilidade e a coerência sistêmica do Direito; e não pode o Superior Tribunal de Justiça se valer do novo Código de Processo Civil para tentar modular o dispositivo de uma decisão sua, tal qual faz a Corte Constitucional, com a mesma acepção dos critérios de “interesse social” e “segurança jurídica” acima, pois os valores tutelados no Processo Constitucional estão além do seu escopo institucional de Corte de Precedentes, não é esta a tarefa do CPC.

Não por outro motivo o próprio Código traz hipóteses de modulação restritas ao Supremo Tribunal Federal, como no art. 525, § 13º. Consoante o Enunciado 176 do

²³⁸ Sobre as acepções da segurança jurídica e sua relação com a modulação, Antonio de Pádua Soubhie Nogueira, em colaboração com seu orientador, Flávio Luiz Yarshell: “Assim, no momento em que se dispõe a respeito da segurança jurídica, visa-se ao ideal de garantia da ‘estabilização’ das relações ocorridas antes do ‘fato novo’, de forma que o preceito em questão está intimamente ligado à ideia de ‘segurança como confiança’. Alude-se aqui, portanto, à vertente mais marcante desse postulado, que tem como norte a ‘exigência de previsibilidade do direito’, abrangente dos princípios da não-retroatividade, da proteção dos direitos adquiridos e da estabilidade das relações contratuais, consoante os ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell: ‘O tema da segurança jurídica é desdobramento do princípio e direito de segurança *tout court*. Segundo a doutrina que dele se ocupou, a segurança jurídica tem duas vertentes: uma, a da ‘qualidade do direito’; outra, a da ‘exigência de previsibilidade do direito’, que, de seu turno, abrange os princípios de não-retroatividade, de proteção de direitos adquiridos e de estabilidade das relações contratuais [...]. O princípio da confiança legítima constitui expressão da exigência da previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica’. É nesse contexto de ideias, portanto, que se insere a modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de legalidade elaborado no cerne da jurisdição comum (infraconstitucional)”. (*Modulação dos efeitos das decisões no processo civil cit.*, p. 104-105).

Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão prevista no § 13 do art. 525”.

Não se pode olvidar, como já visto na primeira parte deste estudo, que o Supremo Tribunal Federal produz precedentes em matéria constitucional. Quando for esse o caso, e a acepção de segurança jurídica no processo for a previsibilidade, a estabilidade e a proteção da confiança justificada, aí entra em jogo a sistemática dos precedentes tal qual esmiuçada, invocando os mesmos critérios de análise para o *overruling*²³⁹ e o *prospective overruling*²⁴⁰. Isso significa que o Supremo Tribunal Federal é, sim, uma Corte especial no sistema judicial brasileiro, no sentido de que é a única, em regra, que detém o poder de modular os efeitos de suas decisões por meio dos dois mecanismos observados. Não se vê o porquê de não afirmar-se que o uso das técnicas pode coexistir até em um mesmo caso no controle concentrado de constitucionalidade, contanto que os critérios de ambas se façam presentes e haja sentido nisso. As duas técnicas são distintas e detém aplicação absolutamente autônoma, pois possuem finalidades diversas.

No entanto, é indispensável para o jurista que queira estender a compreensão dos precedentes judiciais à Corte Constitucional manter em mente que a principiologia própria da Jurisdição Constitucional impõe limites à aplicação e à compatibilidade de todo o Código de Processo Civil – seu sistema de precedentes incluso. Embora, como visto na primeira parte deste estudo, em Recurso Extraordinário seja totalmente incidente a sistemática dos precedentes, o mesmo não pode ser automaticamente ampliado para todo o Processo Constitucional²⁴¹, sobretudo no que se refere às decisões interpretativas, compreendidas no sentido amplo como “aquelas pronunciadas na jurisdição

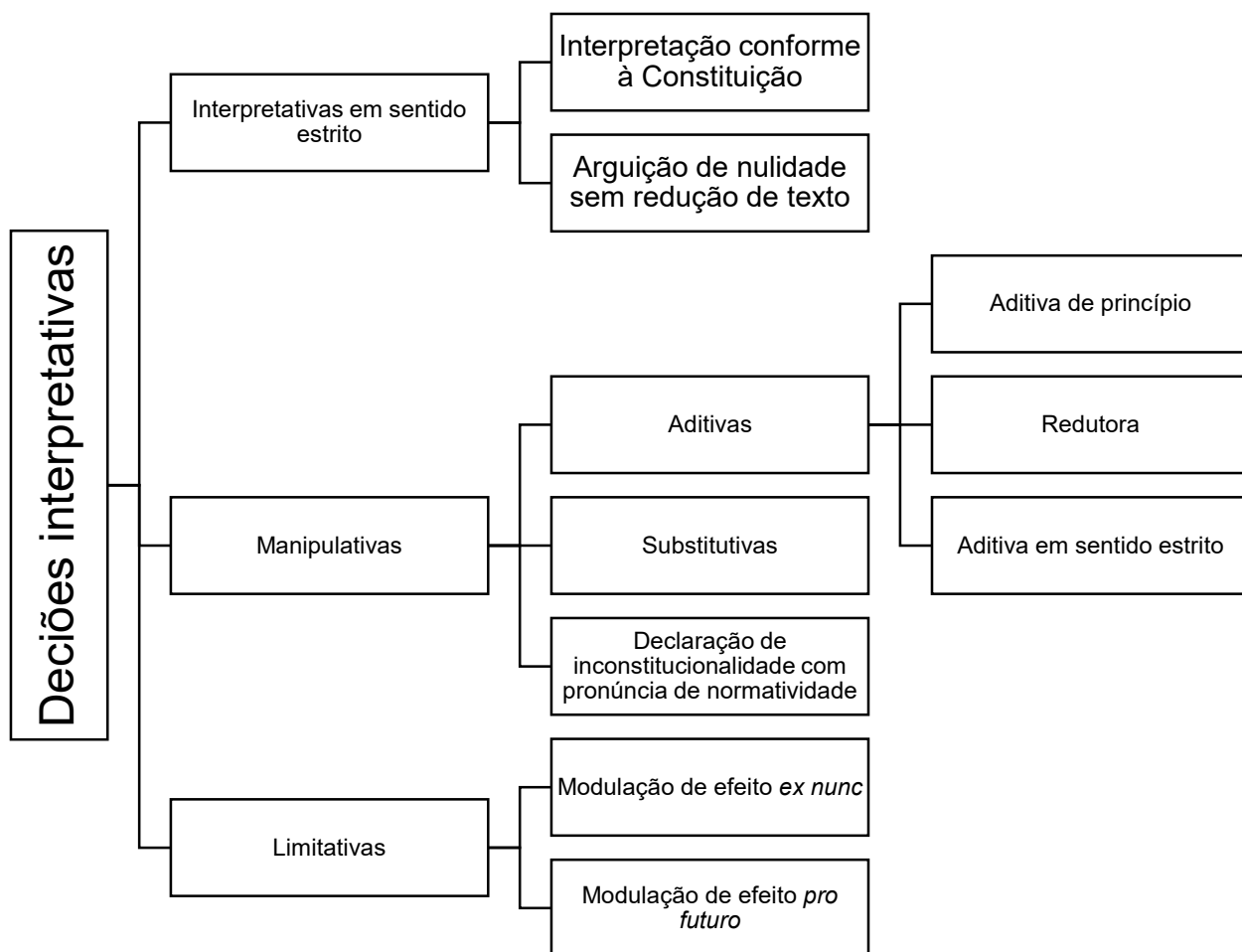
²³⁹ Vide Quadro 4.

²⁴⁰ Vide Quadro 5.

²⁴¹ Ilustrando, Georges Abboud menciona a impossibilidade da vinculação da Corte Constitucional às suas decisões em certas ações constitucionais com o mesmo rigor que se espera no sistema de precedentes: “Em conclusão sobre a *vexata quaestio*, afirmamos que o STF está num primeiro momento, vinculado às suas próprias decisões. A decisão que declara a inconstitucionalidade e a nulidade do texto da lei não pode ser revista porque retira a lei do ordenamento jurídico. Em contrapartida, as decisões interpretativas, sejam as que aplicam a interpretação conforme, sejam as que utilizam a arguição de nulidade sem redução de texto, podem ser posteriormente revistas pelo STF porque, apesar de existir coisa julgada, no processo constitucional não incide a eficácia preclusiva da sentença. Em relação à decisão que declara a constitucionalidade de determinada lei, uma maior flexibilidade deve ser conferida a ela porque a inconstitucionalidade não se convalida, ela pode a qualquer momento ser aguida; admitir a vinculação do STF à sua decisão de constitucionalidade obrigaria à aplicação de leis que em razão de alterações fáticas e históricas tornaram-se inconstitucionais”. (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 157-159)

constitucional e que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei, e não sobre o texto da lei em si”²⁴² (Figura 1). Retomam-se as considerações já feitas sobre a metodologia dos precedentes e da jurisprudência – e das súmulas, sobretudo as vinculantes. Conforme ressalta Abboud:

“Neste item, ainda é importante destacar que a súmula vinculante ao ser exclusividade do STF, tem por intuito evidenciar a interpretação constitucional que o STF entenda adequada para determinado dispositivo legal, ou seja, a interpretação constitucional é objeto das súmulas, enquanto que o regime do *stare decisis* a partir da dissidência no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, ressaltou-se que o sistema do *stare decisis* deveria ser aplicado com menor força nas causas de direito constitucional que as de direito comum. (...) A própria Corte Suprema afirmou que apesar do *stare decisis* ser a pedra angular do sistema legal, ele tem menor poder nos casos constitucionais. Há quem (*Attorney General* Charles Cooper) defenda inclusive sua abolição”²⁴³.



²⁴² *Jurisdição Constitucional* cit., p. 166.

²⁴³ *Jurisdição Constitucional* cit., p. 367-368.

Figura 1: Decisões interpretativas na Jurisdição Constitucional (Georges Abboud)²⁴⁴

Em suma, a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado nada tem a ver com a prospecção em precedentes. A primeira foi elaborada pensando numa compatibilização da teoria da nulidade da norma inconstitucional com a segurança jurídica, enquanto a segunda se dirige à coerência do Direito e à confiança justificada nos precedentes judiciais. Deve-se sempre estar atento à finalidade que se quer dar à modulação de efeitos e qual o tipo de situação que se deseja prevenir, para poder então discutir quais as implicações do uso da técnica apropriada para o caso²⁴⁵.

Essa confusão é compreensível, uma vez que a modulação de efeitos enquanto gênero chegou ao Brasil por meio do controle concentrado de constitucionalidade, de forma que muito se hesitou em trabalhar em controle difuso e na jurisdição infraconstitucional com a modulação de efeitos para os fins do *sunbursting* por acreditar tratar-se de uso impróprio do art. 27 da Lei 9.868/1999²⁴⁶.

Com a categoria da modulação temporal e seus gêneros analisada mais a fundo, fica mais claro que no sistema de precedentes se lida com outra técnica de modulação de efeitos temporais, cuja origem, escopo e metodologia são totalmente distintos. O uso do *prospective overruling* é válido e altamente recomendado principalmente no Superior

²⁴⁴ Elaborada a partir de Abboud, p. 302.

²⁴⁵ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 431-432.

²⁴⁶ “Frise-se, porém, que a necessidade de modulação em controle difuso decorre da preocupação em não atingir as situações que se formaram com base no precedente e não da imprescindibilidade em proteger as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional.

Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Daí não se ter percebido, com maior nitidez, a imprescindibilidade da adoção desta técnica em sede de controle difuso.

O mais importante, entretanto, é que certamente não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia, na academia e nos tribunais, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade de sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nesta situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutelam-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, aptas a justificar efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade” (*Precedentes Obrigatórios* cit., p. 434).

Tribunal de Justiça, que detém a missão de criação de precedentes como um de seus objetivos primários²⁴⁷.

Tudo leva a crer que, com o advento do novo Código de Processo Civil, o impasse sobre a modulação no plano infraconstitucional está definitivamente resolvido, restando agora o trabalho de garantir o uso adequado da modulação, selando seus problemas.

4.2.2 Problemas inerentes à modulação na jurisdição constitucional

Já rumo à conclusão desse estudo, passa-se a um relance aos problemas próprios da modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade operado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso dá continuidade aos apontamentos acima e auxiliará na ilustração das diferenças entre os dois gêneros de modulação de efeitos temporais.

Há caso interessante no direito brasileiro, trazido por Regis Fernandes de Oliveira na seara do Direito Financeiro, que demonstra os impactos negativos decorrentes dos riscos inerentes à modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal²⁴⁸.

Na ADIn 875/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu-se pela declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar 62/1989, legislação que havia sido editada para regular os Fundos de Participação dos Municípios e Estados nos anos de 1990 e 1991, estabelecendo critérios de rateio que deveriam vigorar durante aquele período.

Decorridos os dois anos, outra lei complementar deveria ter sido editada para promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes estaduais e municipais, o que jamais ocorreu. A LC 62/1989 permaneceu sendo aplicada pelo Tribunal de Contas da União para realizar os cálculos até 2010, quando sobreveio a decisão da ADIn.

Nos termos do voto do relator, "vicia o bom senso imaginar que lei editada em 1989 – apenas com base em médias histórias apuradas à época – ainda possa retratar a realidade socioeconômica dos entes estaduais", motivo pelo qual era imperativa a intervenção do Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁷ L. G. MARINONI, *O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes*.

²⁴⁸ R. F. OLIVEIRA, *Curso de direito financeiro*, p. 356-360.

No entanto, dado o extenso período de vigência da lei, haveriam graves danos e até mesmo complicado entrave fático em uma imediata declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, sobretudo em face à necessidade de cálculos anuais embasados no seu texto legal. Conforme o Ministro Gilmar Mendes, a simples declaração de inconstitucionalidade da lei "representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos".

A Corte considerou mais adequado modular os efeitos da decisão para assegurar a aplicação da LC 62/1989 até o final do ano-calendário de 2012, conferindo tempo hábil ao legislador para que elaborasse nova legislação sobre o tema²⁴⁹, evitando o vácuo.

Percebe-se que a modulação de efeitos de fato se mostra como técnica hábil e útil para contornar essa espécie de ameaça à segurança jurídica – no caso, do próprio Poder Executivo. Seria mais um exemplo comum de balanceamento entre a segurança jurídica e o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

No entanto, à resolução da questão ficou pendente a colaboração do Poder Legislativo, que precisaria editar nova legislação antes do esgotamento do prazo concedido. E o Congresso Nacional não editou a norma, dando origem ao vácuo legislativo que se tentara evitar.

Acuado, o Tribunal de Contas da União editou uma solução provisória e precária, mas que viabilizou seu dever de calcular as quotas dos fundos de participação.

Na ADO 23/MC/DF, de relatoria do Ministro Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela total inadmissibilidade da situação, concedendo ao legislador mais 150 dias para superar o impasse.

E o Congresso Nacional novamente manteve-se inerte.

"No início do ano de 2013, encontrava-se a República numa inusitada, para dizer o mínimo, situação de flagrante desrespeito de decisão judicial e de absoluta inércia do Poder Legislativo. O Governo Federal encontrava-se em situação de completa insegurança em relação aos repasses a serem feitos. O Tribunal de Contas da União, ao arrepio da decisão do STF, realizou os cálculos para o ano de 2013 com base nos critérios da LC 62/1989 nos autos da TC 040.431/2012-6"²⁵⁰.

²⁴⁹ Mais especificamente, a sentença da ADIn 875/DF decidiu "declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1089, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012".

²⁵⁰ *Curso de direito financeiro* cit., p. 360.

Embora o prejuízo causado não tenha sido decorrente da modulação dos efeitos em si, mas da inércia dos nossos legisladores, a experiência serviu para lecionar sobre a extrema cautela que se deve tomar no uso da técnica.

Fábio Lima Quintas, em recente coluna sobre o tema, teceu algumas considerações sobre a modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999, e trouxe um exemplo de uso do instituto fora do Supremo Tribunal Federal²⁵¹.

Trata-se de ocasião em que o Conselho Especial do TJDF declarou a inconstitucionalidade, em controle concentrado, do Decreto que autorizava a transposição de candidatos aprovados em concurso público para que fossem empossados em cargos distintos daqueles para os quais haviam sido selecionados, em contraposição ao art. 37, II, da CF, consoante o verbete da Súmula de jurisprudência 685 do Supremo Tribunal Federal.

Em consideração às situações geradas pelo Decreto, modulou-se os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mantendo os cargos atuais da maneira em que haviam sido ocupados.

O colunista problematiza a questão:

"Para compreender o impacto dessa decisão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, é ilustrativo examinar o resultado de julgamento de uma apelação, num caso individual, envolvendo essa mesma temática: um servidor público distrital, que havia sido nomeado em cargo diferente daquele em que foi aprovado (nos termos permitidos pelo Decreto Distrital mencionado) ajuizou demanda pleiteando a regularização de sua situação funcional, com sua nomeação para o cargo correto (que, aliás, lhe daria uma remuneração maior), sobretudo no contexto de que outros candidatos em posição inferior à sua classificação no certame foram corretamente nomeados. O tribunal manteve a sentença que julgara improcedente a demanda. Considerou que 'diante da modulação de efeitos, considera-se hígido e constitucional o normativo que, à época, possibilitada à Administração Distrital oferecer ao apelante investidura em cargo diverso para o qual havia prestado concurso público' (TJDFT, 1ª Turma, Acórdão 750558, 201000111289248APC, Rel. Des. Alfeu Machado. j. em 16.1.2014)".

No caso, o uso da modulação foi uma tentativa de postergar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para manter eficaz uma ilegalidade que ainda surte e surtirá efeitos por diversos anos. O resultado prático é a manutenção de uma situação prejudicial

²⁵¹ F. L. QUINTAS, *Modulação dos efeitos não pode ser banalizada pelo Poder Judiciário*.

a todo um conjunto de funcionários por conta de um ato reconhecidamente inconstitucional. Certamente um resultado inadequado e reprovável.

A modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade não pode ser fundamentada apenas na preservação do interesse público – que não se confunde com ou se equipara ao interesse social – ou em argumentos exclusivamente consequencialistas. Embora diante de determinadas decisões de inconstitucionalidade o interesse do Estado se veja abalado, isso por si só não autoriza a modulação: ainda que tente como solução para o dilema em que se enfiou o Poder Público, utilizar tal mecanismo de proteção de direitos fundamentais para tutelar a higidez das finanças públicas em detrimento de sua finalidade primeva, além de uma deturpação do instituto, é uma ingerência negativa na atividade dos outros Poderes que premia a incompetência dos gestores públicos e inconsequência dos legisladores²⁵².

Uma vez rechaçada a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade como ato discricionário, o fundamento utilitarista em prol do Estado e em detrimento do direito fundamental do cidadão é claramente vedado pelo sistema constitucional. Georges Abboud afirma que:

“a decretação do ‘interesse público’ é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de ‘público’ em tudo o que toca. (...) Ao contrário, o interesse social demanda uma justificativa exaustiva por parte do STF no instante em que determinar a modulação de efeitos, haja vista que terá que demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida”²⁵³.

A defesa que o colunista faz no texto é que o instituto previsto na lei 9.868/1999 é voltado exclusivamente para o controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Uma técnica com resultados altamente significativo no plano jurídico, cujo uso deve permanecer restrito ao Tribunal Constitucional, para o qual foi desenhado sob medida.

²⁵² “a modulação de efeitos deve ser encarada como mecanismo para garantir a preservação dos direitos fundamentais do cidadão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e nunca como instrumento apto a premiar o comportamento irresponsável ou desleal das autoridades públicas. Nesse contexto, a modulação não pode ser realizada com base em argumentos consequencialistas como a preservação da higidez das finanças do Estado” (*Jurisdição Constitucional* cit., p. 277).

²⁵³ *Jurisdição Constitucional* cit., p. 275

Como visto no item antecedente, trata-se de um mecanismo destinado a fins diversos do sistema de precedentes, que requer reflexão própria acerca de temas inerentes à Jurisdição Constitucional como a Ordem Econômica, Social e Política.

Fábio L. Quintas arremata:

"Isso não quer dizer, no entanto, que não estejam disponíveis outras formas de proteger a legítima expectativa dos cidadãos contra alterações bruscas da jurisprudência, em vista da segurança jurídica. Essa construção teórica deve partir, no entanto, de um debate que pondere a origem da legítima expectativa do jurisdicionado (enfrentando o argumento de que a jurisprudência não é fonte do direito, cuja superação demanda a compreensão da função dos precedentes dos Tribunais Superiores no nosso direito contemporâneo) e dos fundamentos jurídicos disponíveis para a proteção dessa expectativa (que pode estar, por exemplo, numa interpretação que parta do disposto nos artigos 140 e 146 do CTN, para o âmbito das lides tributárias, ou no art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.784/1999, para questões envolvendo o contencioso administrativo, como sugere o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior)".

Finaliza-se o tópico com a ressalva aparentemente óbvia, mas indispensável, de que a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade operada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o *prospective overruling*, não admitem modulações que afetem uma realidade jurídica já eternizada pelo instituto da coisa julgada²⁵⁴:

"Ademais, como a decisão judicial não mais se limita a declarar ou a aplicar a lei, como acontecia à época do Estado Legislativo, mas constitui a norma jurídica do caso concreto, fruto do dever judicial de interpretar a lei de acordo com os direitos fundamentais e de realizar o controle da constitucionalidade na via incidental, não há como supor que a declaração de inconstitucionalidade de lei possa gerar, por mera consequência, a inconstitucionalidade da coisa julgada. Ora, esta conclusão seria tributária da ideia de que o juiz é a boca da lei, nos termos do ditado de Montesquieu. Sucede que, como ressalta Rui Medeiros, não é isso que se passa na ordem jurídica contemporânea, pois "cabe aos tribunais não apenas um poder decorrente do *proprium*. Daí que, quando se aceita a validade da sentença injusta, a conclusão se funde no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza (...). Além disso tudo, é importante perceber que, se a decisão de inconstitucionalidade pode não retroagir para não atingir situações que se consolidaram à época em que a lei produzia efeitos, é fora de sentido que a decisão de inconstitucionalidade possa retroagir para apanhar as decisões acobertadas pela coisa julgada material. Quem tem a seu favor decisão revestida pela coisa julgada não praticou ato que se consolidou apesar da lei inconstitucional, mas tem do seu lado ato do Poder Público que, além de autônomo em relação ao ato legislativo declarado inconstitucional, concretiza - mais do que uma garantia de imodificabilidade de precedente ou de decisão orientadora de condutas - uma confiança que o próprio sistema define como

²⁵⁴ Ver também L. G. MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*.

justificada na imodificabilidade de decisão que, particularmente e de modo especial, lhe resguardou uma situação de vantagem"²⁵⁵.

Fechadas as análises acerca da jurisdição contemporânea e o sistema de precedentes, seus elementos e os detalhes da modulação de efeitos neste sistema, bem como as consequências de sua aplicação e as suas diferenças para a modulação na jurisdição constitucional, encerra-se a presente pesquisa sobre o *prospective overruling*.

²⁵⁵ *Precedentes Obrigatórios* cit., p. 455-456.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa erigiu-se com o intuito de fomentar o debate acerca da modulação de efeitos das decisões no sistema de precedentes judiciais, enquanto técnica própria ao sistema e à doutrina do *stare decisis*.

Recepcionada pelo novo Código de Processo Civil, legislação ainda em ampla análise pela doutrina no momento, a técnica *per se* carecia de estudo mais a fundo na literatura nacional, a fim de melhor analisar seu lugar na jurisdição contemporânea, suas características autônomas e suas possíveis consequências na atividade jurisdicional, sobretudo na brasileira.

No presente estágio de maturação da inovação legislativa, com pouco mais de um trimestre de vigência, o estudo da modulação de efeitos das decisões no sistema de precedentes permanece impossibilitado de ser feito pela ótica de outras metodologias que não a do método do direito comparado intersistêmico diacrônico, a linha adotada.

Partiu-se do estudo dos institutos jurídicos em si, no *common law* – sobretudo o britânico para os fins da primeira parte, e o americano para os objetivos da segunda –, em que o sistema de precedentes possui tradição secular e a modulação de efeitos em precedentes amplo estudo na literatura, para se passar à análise dos mesmos no ordenamento brasileiro, onde ainda encontram-se incipientes e em desenvolvimento.

Nessa conjuntura, a pesquisa atingiu seus objetivos iniciais: contextualizou na jurisdição contemporânea o sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil e analisou, no necessário, alguns de seus elementos basilares; assentadas essas considerações de base, realizou a fundo a análise do instituto do *prospective overruling*, cotejando a técnica com o panorama brasileiro delineado, e, por fim, problematizando e demarcando seus limites dentro da jurisdição civil e da jurisdição constitucional.

Ao longo das conclusões realizadas nesta pesquisa, destaca-se o seguinte:

1. O novo Código de Processo Civil vem a atender princípios de índole manifestamente constitucional, aclamados pela comunidade jurídica, visando revigorar a segurança jurídica nas suas acepções de previsibilidade e estabilidade, para garantir a coerência sistêmica ao Direito e proteger a confiança legítima dos jurisdicionados. A adoção de um sistema de *stare decisis* não se mostra incompatível com os ordenamentos de *civil law*, sobretudo quando realizada pela via da inovação legislativa. De forma

diversa, confere novas ferramentas que devem ser compreendidas e utilizadas na atividade jurisdicional, a modulação de efeitos temporais sendo apenas uma dessas.

2. O sistema de precedentes adotado pelo novo Código de Processo Civil no contexto acima, embora com peculiaridades brasileiras, possui todos os elementos basilares de qualquer outro sistema de precedentes judiciais. Insere, de fato, no ordenamento brasileiro uma metodologia própria, que demanda, para seu adequado funcionamento, a compreensão de fenômenos jurisdicionais como o *overruling* e seus critérios específicos, bem como de técnicas relacionadas aos princípios norteadores do sistema, tais quais o *signaling* e o *prospective overruling*.

3. A modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes, na esteira dos elementos apresentados, possui como alicerce de sua autonomia a principiologia própria que norteia a metodologia dos precedentes judiciais, e nela vê seus critérios de aplicação. A técnica é simples e possui uma variedade de modalidades, porquanto maleável para atender às circunstâncias para que foi criada. É, mais que prospectiva, uma técnica de criação judicial do direito não retroativa, e em sua aplicação pressupõe noções sofisticadas de hermenêutica pelas quais uma teoria declaratória dos precedentes judiciais mostra-se pura abstração ante a realidade criativa da atividade jurisdicional.

4. Cada uma das modalidades de aplicação do *prospective overruling* traz em si desafios próprios, e o domínio de todas as informações e conclusões anteriores é indispensável para a adequada e responsável utilização da técnica. Lida-se com um dispositivo de uso excepcional, adstrito aos critérios de aplicação e ao seu histórico e escopo. Estes, assim como sua problematização, delineiam a fronteira da autonomia da modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes e na jurisdição constitucional.

Reafirmou-se, desse modo, o propósito inicial deste trabalho, de se investigar comparativamente a modulação de efeitos temporais no sistema de precedentes para compreender qual a relevância e o possível impacto da técnica na atividade jurisdicional.

Portanto, conclui-se na presente pesquisa que, com o novo Código de Processo Civil, aporta no ordenamento jurídico brasileiro uma nova técnica de modulação de efeitos temporais das decisões, distinta do instituto da modulação no controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, porquanto ligada não à principiologia da jurisdição constitucional, mas aos princípios do *stare decisis*.

Mecânica simples, mas sofisticada, do sistema de precedentes, o *prospective overruling* certamente deixará sua marca na atividade jurisdicional, trazendo consigo o inafastável compromisso com as noções e limites da função da criação judicial do Direito.

Com um Código que objetiva conferir novo vigor à segurança jurídica no Brasil com a implementação de precedentes judiciais, mais certos na orientação dos jurisdicionados e da comunidade jurídica, e com melhor técnica para assegurar a previsibilidade, estabilidade e coesão sistêmica do Direito que sua contraparte jurisprudencial, nebulosa e errática, concretiza-se mais uma importante etapa de desenvolvimento da jurisdição brasileira enquanto membro da família do *civil law*.

A técnica da modulação de efeitos traz consigo os meios para compatibilizar a nossa tradição jurídica a evolução necessária na orientação dos Tribunais com o respeito à estabilidade do Direito – *stare decisis* –, viabilizando mudanças jurídicas mais amenas.

Como qualquer outro instrumento, não é desprovido de falhas. O *prospective overruling* traz com seu uso problemas inerentes e inafastáveis, mas que não reduzem o seu imenso valor funcional. Deve-se lembrar que, no plano temporal, é necessário saber lidar com previsões de inequidades nos seus níveis de abstração próprios.

A modulação de efeitos no tempo altera o cenário jurídico de forma significativa, e cabe aos Tribunais a prudência em sua utilização e às partes a sagacidade de visualizar as oportunidades, possibilidades e consequências de sua postulação.

Com um bom uso da técnica garante-se a solução de diversos impasses envolvendo questões de segurança jurídica, e abre-se espaço para maior tranquilidade dos jurisdicionados no momento de pautarem suas condutas ou realizarem seus negócios no que for relevante o posicionamento dos Tribunais. Saberão que podem confiar numa jurisdição mais estável, e que sua confiança é legítima e será tutelada.

Espera-se que o uso do *sunbursting* se difunda e seja bem empregado pelos nossos Tribunais, que esclareça a responsabilidade de sua tarefa criativa do Direito e que, para nossos jurisdicionados, de fato signifique, nas palavras de Thomas E. Fairchild, “a aurora de um novo dia”.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. 2ª ed. Bahia: Ed. JusPODIVM, 2012, p. 363-410.

BATISTA, Micheline. Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas. Disponível em: <<http://goo.gl/JnAwHM>>

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>;

BUENO, Cassio Scarpinella. Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CURRIER, Thomas S. *Time and change in judge-made law: prospective overruling*. In: Virginia Law Review, vol. 51, março/1965, nº 2, p. 201-272. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13ª ed. Salvador: editora JusPodivm, 2016.

ECO, Humberto. Como se faz uma tese. 24ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FAIRCHILD, Thomas E. *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or Sunbursting*. Marquette Law Review, v. 51, 254, 1968, p. 254-270. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3>>.

FRIEDMANN, Wolfgang. *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling*. The Modern Law Review, vol. 29, novembro/1966, p. 593-607. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1966.tb02262.x/pdf>>.

LEVY, Beryl Harold. University of Pennsylvania Law Review. V. 109. Novembro/1960. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6928&context=penn_law_review>.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. Guia de Metodologia Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Conventionality control*. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui Precedentes. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Teoria Geral do Processo. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (Curso de Processo Civil, v. 1).

_____. Três Questões Urgentes: Desmitificação do Duplo Grau, Execução Imediata da Sentença e Autoridade dos Precedentes (técnica da relevância da questão federal). Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

_____. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>.

____; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIN, Jacqueline. *The English legal system*. London (UK): Hodder Education, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

____. Incoerência da jurisprudência leva à insegurança jurídica. Revista Consultor Jurídico: 9 de maio de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/incoerencia-jurisprudencia-leva-inseguranca-juridica>> ISSN 1809-2829.

____. Processo novo: o que precisamos é de uma jurisprudência íntegra. Revista Consultor Jurídico: 12 de agosto de 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-12/processo-precisamos-jurisprudencia-integra>> ISSN 1809-2829.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *et al.* Código de processo Civil e legislação processual em vigor. 47ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. Modulação dos efeitos das decisões no processo civil. Tese de doutorado orientada pelo Prof. Titular Dr. Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2013.

NUNES, Dierle. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. Revista Consultor Jurídico: 4 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra>> ISSN 1809-2829.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel. Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o Novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Editora JusPODIVM, 2ª ed., 2012, p.183-208.

QUINTAS, Fábio Lima. Modulação dos efeitos não pode ser banalizada pelo Poder Judiciário. Revista Consultor Jurídico: 9 de agosto de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/observatorio-constitucional-modulacao-efeitos-nao-banalizada-poder-judiciario>> ISSN 1809-2829.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria geral do processo civil. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. Revista Consultor Jurídico: 18 de julho de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>> ISSN 1809-2829.

TREANOR, William Michael; SPERLING, Gene B. *Prospective Overruling and the Revival of Unconstitutional Statutes*. Georgetown University Law Center, 1993. Disponível em: <<http://goo.gl/76sRXZ>>.

TRENTO, Simone. Revogação de precedente constitucional e tutela da confiança. In: MARINONI, Luiz Guilherme. A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Editora JusPODIVM, 2ª ed. 2012, p.379-395.

VENTURI, Elton. Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WALL, J.R.N. *Prospective Overruling – it's about time*. Universidade de Otago, 2007. Disponível em <<http://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago036272.pdf>>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1. 15. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Civil procedural systems: pro and contra (Brazilian national report)*. In: Revista de Processo (RePro), v. 214., dezembro/2012, p. 381-398.

_____. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 481-490.